

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

PAULO VINICIUS LIEBL FERNANDES

**A QUEM COMPETE INTERPRETAR A CONSTITUIÇÃO: UMA CRÍTICA À
SUPREMACIA JUDICIAL E A ALTERNATIVA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS**

CURITIBA

2016

PAULO VINICIUS LIEBL FERNANDES

**A QUEM COMPETE INTERPRETAR A CONSTITUIÇÃO: UMA CRÍTICA À
SUPREMACIA JUDICIAL E A ALTERNATIVA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial para a
obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève

CURITIBA

2016

AGRADECIMENTOS

Redigir este singelo espaço de agradecimento é, ao mesmo tempo, a parte mais emocionante e difícil deste trabalho. Traduzir em palavras toda a gratidão que tenho pelas pessoas que, de alguma forma, contribuíram para me tornar aquilo que sou hoje não é das tarefas mais fáceis. A todos aqueles que participaram destes meus vinte e três anos de vida e, em especial, destes últimos cinco anos em que tive a imensa felicidade de estudar/viver sob as colunas do Prédio Histórico, registro o meu mais sincero e emocionado agradecimento.

Aos meus pais, Gilson e Clenira, por todo amor e carinho que vocês me proporcionaram ao longo de minha vida. Pai, meu maior parceiro, obrigado por todo o esforço e sacrifício que você suportou ao longo destes anos para me permitir chegar a este ponto da vida. Mãe, obrigado por ser essa pessoa tão maravilhosa e amável, e uma mãe tão dedicada que, mesmo cansada após um dia inteiro de trabalho, ainda achava tempo para me ensinar a fazer o contorno do “a” no caderno de caligrafia ou para me explicar como faz uma conta simples de adição. Saibam que essa conquista é muito mais de vocês do que minha, pois tudo que eu sou hoje eu devo a vocês.

À minha irmã, Maria Eduarda, por sempre ter cuidado tão bem de mim nestes nossos dezessete anos de convívio. Obrigado por ser essa irmã tão carinhosa e amiga, saiba que a sua chegada preencheu o meu coração de felicidade.

Ao meu Orientador, Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève, exemplo de jurista e docente, agradeço pelos ensinamentos em sala de aula e pela genialidade compartilhada nas nossas conversas de início de tarde. A sua trajetória de dedicação e estudo no direito público brasileiro me incentivam a ser um pesquisador cada vez melhor.

À minha professora e orientadora de pesquisa, Prof. Dra. Eneida Desiree Salgado, exemplo de dedicação à docência, a quem culpo pela minha paixão pelo direito público. Obrigado pelos ensinamentos e por sempre ter me instigado a ser um melhor aluno e um melhor pesquisador.

Ao Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem, meu primeiro grande mestre, por ter me feito pensar sobre direito público ainda no primeiro ano de faculdade, e pela sua generosidade em compartilhar o seu conhecimento durante a minha trajetória acadêmica.

À minha querida amiga, Jane do Rocio Kiatkoski, pelo carinho, amizade e atenção com que você sempre me tratou nestes cinco anos. Jane, sem a sua presença, a minha vida

acadêmica não teria sido tão alegre como ela efetivamente foi. Que os nossos laços mafrenses nunca nos permitam perder contato.

Aos meus queridos amigos “pensadores”, sem sombra de dúvida uma das melhores coisas que a faculdade de direito me proporcionou: Bruno Bianchi, Guilherme Charles, João Pedro Nascimento, João Ricardo de Camargo, Leonardo Rosenberg, Luzardo Faria, Matheus Ziccareli, Pedro Wambier, Renan Coletti e Tiago Coelho. Obrigado por todos os momentos de risadas, alegrias, e diversões vividos nestes últimos cinco anos. Vocês fizeram da Faculdade um lugar mais legal de se viver. Que a nossa amizade dure para além das colunas da Santos Andrade.

Não poderia deixar de agradecer também à Antonio Seixas, Clovis Pinho, Lucas Zapater, Bruno Renzetti, Fernando Struecker, Ruy Barros, Felipe Teixeira Andrade, Eduardo Silveira, Davi Scopel, Luiz Felipe Almeida, Pedro Oliveira, Rodrigo Piccoloto, cuja amizade me fez uma pessoa melhor e contribuiu para que estes anos de Faculdade tenham sido os melhores anos da minha vida.

À gestão do Centro Acadêmico Hugo Simas, “Amanhã há de ser outro dia”, melhor gestão da história do CAHS, da qual tive o imenso prazer de fazer parte. Agradeço à Luzardo Faria, Maria Eugênia do Amaral Kroetz, Antonio Seixas, Yasmine Hajar, Kesller Almeida, Rodrigo Saturnino, Leonardo Nichel, Paula Tracz, João Gabriel Leger, Carolina Herget, Bianca Machado, Nathaly Andrade e Thierry Mougenot por terem me proporcionado o melhor ano da minha graduação.

Aos meus amigos, Antonio Seixas, Clovis Pinho e Daniel Ulrich por todos os momentos de risada, diversão e aprendizado que vocês me proporcionaram. Obrigado por me permitirem ser seu amigo. Saibam que vocês representam muito na minha vida.

Aos meus amigos, Antonio Luiz Costa Gouvea e Vitor Augusto Wagner Kist, por terem me aguentado durante os três anos que moramos juntos e por terem me tornado uma pessoa melhor. Saibam que para mim, vocês são como se fossem meus irmãos mais velhos.

Ao Dr. Thiago Paiva dos Santos, por ter compartilhado comigo a sua paixão pela advocacia e por ter me aceitado como seu estágio.

À equipe do escritório Edgar Guimarães Advogados Associados, Dr. Edgar Guimarães, Dr. Bruno Gofman, Dra. Ana Guimarães e Viviane Faria, por toda a paciência que vocês tiveram comigo neste último ano de graduação e por sempre estarem dispostos a sanarem todas as minhas dúvidas.

Agradeço aos meus amigos Clovis Pinho, Antonio Seixas, Luzardo Faria, Bruno Bianchi, Matheus Zicareli e João Ricardo de Camargo, exemplos de pesquisadores dedicados, pelos debates e discussões travadas que sempre me renderam inúmeros ensinamentos.

À família Laffitte por ter me adotado nestes últimos dois anos e ter sempre me tratado com muito carinho e atenção. Saibam que vocês foram essenciais para esse ciclo da minha vida. Obrigado por tudo.

Especificamente em relação a este trabalho monográfico, agradeço a indispensável colaboração dos meus amigos Bruno Bianchi e Clovis Pinho, pelas dicas e correções.

Por fim, mas não menos importante, agradeço à minha melhor amiga e namorada, Amanda de Oliveira Laffitte, a pessoa que, junto aos meus pais, é a maior responsável por todas as conquistas que atingi nesta vida. Um exemplo de pessoa amável, carinhosa, e que sempre me motivou a superar todas as barreiras que a vida custava a me impor. Amor, o seu esforço e dedicação sempre foram, e sempre vão ser, uma motivação para mim. Nunca desista dos seus sonhos por mais que eles pareçam ser inalcançáveis, pois eu tenho certeza que a vida lhe guarda muitas alegrias e conquistas.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo geral a desconstrução da premissa usualmente aceita pela doutrina de que a supremacia judicial no campo da interpretação constitucional é uma consequência lógica do controle judicial de constitucionalidade, da supremacia constitucional e do Estado de Direito, e demonstrar que o modelo dos diálogos constitucionais é uma alternativa compatível com o sistema constitucional brasileiro. Para isso, este estudo parte da decisão proferida em *Marbury v. Madison* para demonstrar que o elemento da supremacia judicial não é imanente ao constitucionalismo e ao controle de constitucionalidade, pois não fazia parte do *judicial review* na sua forma original, vindo a compô-lo somente em idos do século XX. Na sequência, o trabalho analisa o papel do Judiciário nos sistemas constitucionais contemporâneos. Nesse processo, constatou-se que a Constituição Federal de 1988 possui elementos políticos e institucionais que fomentam a judicialização da política. Dessa maneira, a atuação do Judiciário brasileiro em temas essencialmente políticos é uma característica inafastável do regime constitucional pós-1988 e, quando somada ao elemento da supremacia judicial, pode fazer com que todas as questões relevantes apresentadas pela sociedade brasileira sejam decididas, em definitivo, por um corpo de juízes. Para escapar dessa combinação perigosa, os modelos dialogais se apresentam como uma alternativa viável ao sistema constitucional brasileiro. A interação dialógica entre Corte e Parlamento poderia corrigir as deficiências do modelo de supremacia judicial e gerar uma interpretação constitucional final mais estável, por ser baseada em consensos institucionais e sociais mais amplos. Do ponto de vista procedimental, os diálogos constitucionais no Brasil podem ser promovidos pela edição de emenda constitucional que supera entendimento pretérito do STF. Contudo, sob o viés de um modelo dialogal, centrado na deliberação por argumentos, as leis ordinárias podem instrumentalizar uma interação dialógica substantiva entre Supremo e Congresso Nacional por meio da reversão das decisões da Corte.

Palavras-Chave: interpretação constitucional; supremacia judicial; diálogos constitucionais; Supremo Tribunal Federal; Congresso Nacional.

ABSTRACT

The present study aims to deconstruct the assumption usually accepted by the doctrine that judicial supremacy in the field of constitutional interpretation is a logical consequence of the judicial review, constitutional supremacy and the rule of law, and to demonstrate that the model of the constitutional dialogues is an alternative compatible with the Brazilian constitutional system. Therefore, this study initiated using the decision issued in *Marbury v. Madison* to demonstrate that judicial supremacy element is not immanent to constitutionalism and constitutional control, since it was not part of the judicial review in its original form, coming to compose it only in the twentieth century. Further, the study analyzed the judiciary's role in contemporary constitutional systems. In this process, it was found that the Federal Constitution of 1988 has political and institutional elements that promote the judicialization of politics. Thus, the role of the judiciary in essentially political issues is an unremovable feature of the constitutional regime of 1988 and, when added to the element of judicial supremacy, may result that all of the relevant issues presented by the Brazilian society are decided, ultimately, by judges. To escape from this dangerous combination, the dialogic models are presented as a viable alternative to the Brazilian constitutional system. The dialogic interaction between the Supreme Court and Parliament corrects the deficiencies of the judicial supremacy model and can generate a more stable final constitutional interpretation because based on an institutional and social consensus. From the procedural point of view, in Brazil, the constitutional dialogues can be promoted essentially by the edition of constitutional amendments that overcome a preterit Supreme Court decision. However, from the conception of a dialogic model focused on deliberation by arguments, the ordinary laws can instrumentalize a substantive dialogic interaction between Supreme Court and National Congress through the reversal of the Court's decisions.

Keywords: constitutional interpretation; judicial supremacy; constitutional dialogues; Brazilian Supreme Court; National Congress.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. A TRAJETÓRIA DA SUPREMACIA JUDICIAL NOS ESTADOS UNIDOS E AS SUAS DEFICIÊNCIAS.....	5
2.1. Jurisdição Constitucional e Supremacia Judicial: uma associação nem sempre verdadeira	5
2.2. A Releitura de Marbury v. Madison e a Incorporação da Supremacia Judicial no Sistema Político Estadunidense	13
2.3. As Deficiências do Modelo da Supremacia Judicial.....	23
3. O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NOS SISTEMAS POLÍTICOS CONTEMPORÂNEOS.....	28
3.1 A Expansão do Poder Judiciário nos Sistemas Políticos Contemporâneos...	28
3.2. O Judiciário e o Regime Constitucional de 1988	34
3.3. O Intérprete Autêntico da Constituição: a autocompreensão do Supremo Tribunal Federal sob a ótica da supremacia judicial	48
4. A ALTERNATIVA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS	56
4.1. As Principais Teorias dos Diálogos Constitucionais.....	56
4.2. A Superioridade Normativa das Teorias Dialogais em face da Supremacia Judicial	68
4.3. Os Diálogos Constitucionais no Brasil: os mecanismos de superação normativa das decisões constitucionais do STF	75
5. CONCLUSÃO.....	88
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	92

1. INTRODUÇÃO

Poucas instituições mundiais sofreram uma mutação tão grande nos últimos anos como o Supremo Tribunal Federal. De um tribunal coadjuvante, quase esquecido, o Supremo tornou-se, em um espaço de trinta anos, talvez, a instituição mais poderosa do sistema político brasileiro. Raros são os dias em que na sua pauta de julgamento não é possível encontrar um caso emblemático que envolva alguma questão política, social, econômica ou moral que gere reações adversas nos diversos grupos que compõem a sociedade brasileira. Contudo, o Supremo é só um dentre os inúmeros tribunais constitucionais pelo mundo afora que assumiram um papel preponderante nos sistemas políticos contemporâneos.

Com a expansão do constitucionalismo após 1945, a maior parte dos países adotou alguma forma de mecanismo de controle judicial de constitucionalidade, o que deu aos Tribunais a possibilidade de interferir nas decisões legislativas, afastando aquelas contrárias aos dispositivos constitucionais. Contudo, o processo atual de expansão global do Poder Judiciário não se traduz apenas na globalização da jurisdição constitucional, mas, também, na judicialização da política¹. Ran Hirschl conceitua tal fenômeno como sendo “*o recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas*”².

Nos sistemas políticos onde há a incidência da judicialização da política, grande parte das controvérsias morais e políticas se convertem em controvérsia judicial, ou seja, o Judiciário deixa de decidir estritamente questões técnico-jurídicas para, no exercício do controle judicial de constitucionalidade, desempenhar uma função de destaque na resolução de conflitos morais, religiosos, econômicos e políticos que antes eram considerados de competência dos Poderes Legislativo e Executivo. Essa ascendência do Judiciário sobre os demais poderes tem feito com que a doutrina constitucional se preocupe, cada vez mais, com o tema da interpretação constitucional, em especial com a problemática sobre qual instituição dever deter a última palavra sobre o sentido da Constituição.

A premissa usualmente aceita pelos constitucionalistas é a de que, nos países onde impera a supremacia da Constituição e existem mecanismos de controle judicial de

¹ BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 263, p. 175-220, 2013. p. 177.

² HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização pura no mundo. In: **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo v. 251, p. 139-178, 2009. p. 140.

constitucionalidade, a última palavra na interpretação constitucional é do Judiciário. Tal conclusão é justificada com base em duas razões: (i) a supremacia judicial no campo da interpretação constitucional é algo inerente à jurisdição constitucional, tendo o Judiciário exercido esse papel desde o momento em que houve a instituição do controle judicial de constitucionalidade; e, (ii) a supremacia constitucional exige que o Judiciário seja o intérprete final da Constituição, sob pena dos poderes políticos não se encontrarem mais vinculados aos limites constitucionais³. Essas foram as razões levantadas pelas Supremas Cortes brasileira e norte-americana para se autoproclamarem intérpretes finais da Constituição e afastarem leis ordinárias que objetivavam superar interpretação constitucional pretérita das Cortes.

O presente trabalho parte de uma posição crítica em relação a essa premissa usualmente aceita pelos constitucionalistas de que a última palavra sobre o sentido da Constituição deve ser concedida ao Judiciário. Nesse sentido, duas são as perguntas que orientam as primeiras partes deste trabalho: “(i) a supremacia judicial no campo da interpretação constitucional é um elemento inerente ao controle judicial de constitucionalidade?; e (ii) o modelo de supremacia judicial é o que melhor se adequa aos regimes constitucionais contemporâneos que sofrem com a incidência do fenômeno da judicialização da política?”. Como se verá durante o desenvolvimento da argumentação, a resposta adotada neste trabalho para as duas perguntas é negativa.

A partir das conclusões iniciais, o trabalho volta-se para o modelo alternativo dos diálogos constitucionais entre Parlamento e Corte em que o significado da Constituição é construído mediante um processo de interação permanente entre as duas instituições. Demonstrar-se-á as diferentes teorias que tratam do modelo dialogal, a sua superioridade frente ao modelo da supremacia judicial e os mecanismos de operacionalização do modelo dialogal no sistema constitucional brasileiro.

Diante do que foi exposto, traça-se o objeto de estudo desta monografia que consiste na análise das relações travadas entre Suprema Corte e Parlamento, no âmbito da interpretação e aplicação da Constituição. Quanto aos objetivos, buscar-se-á demonstrar que: (i) a supremacia judicial não é uma decorrência lógica dos modelos de jurisdição constitucional; (ii) a sua adoção traz problemas para os regimes democráticos, que se potencializam quando somada ao fenômeno da judicialização da política; (iii) a interação dialógica entre Corte e Parlamento é

³ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 18.

um modelo compatível com a Constituição de 1988 e não desprotege os compromissos constitucionais; (iv) as emendas constitucionais e as leis ordinárias são os mecanismos normativos de promoção dos diálogos constitucionais no regime constitucional de 1988.

Para atingir tais objetivos, não obstante, é necessário restringir o objeto de estudo. Assim, foge do escopo desta monografia as interações travadas entre o Executivo e os demais poderes e entre os tribunais constitucionais e a sociedade⁴ no âmbito da interpretação e aplicação da Constituição. Também deixarão de ser analisadas, de forma direta, as teorias que defendem que a última palavra em matéria de interpretação constitucional deveria ser concedida ao Parlamento, por não se considerar benéfica a sua aplicação no ambiente institucional brasileiro, marcado por um passado de descuido dos poderes políticos com a efetividade das normas constitucionais.

Relativamente à metodologia do trabalho, a pesquisa realizada concentrou-se no levantamento das principais obras sobre o tema na doutrina estrangeira e nacional. Há uma predominância da literatura estadunidense, haja vista que a concepção da supremacia do Judiciário se desenvolveu, primeiramente, naquele país e a maior parte das obras sobre o tema foram produzidas por constitucionalistas norte-americanos.

Quanto ao plano de trabalho, a primeira parte desta monografia analisará a evolução do papel do *judicial review* dentro do sistema político norte-americano, passando pela concepção original do *chief justice* Marshall, até o momento em que a Suprema Corte se autoproclamou a intérprete autêntica da Constituição. Isso tudo para demonstrar o equívoco da noção adotada pelas Supremas Cortes norte-americana e brasileira de que a supremacia judicial seria algo inerente ao constitucionalismo e ao controle judicial de constitucionalidade.

A parte dois deste trabalho se destina a explorar o papel que a jurisdição constitucional assumiu nos sistemas políticos contemporâneos onde o fenômeno da judicialização da política se mostra presente. A compreensão do fenômeno da judicialização da política torna-se essencial para o presente trabalho, pois, além de permitir medir o alcance da participação do Judiciário nos sistemas políticos, também é importante para elucidar as problemáticas decorrentes do modelo de supremacia.

⁴ O grupo de pesquisa coordenado por José Ribas Vieira e Vanice do Valle intitulou como diálogo social a interação entre jurisdição constitucional e sociedade. Ver: SILVA, Cecília de Almeida, MOURA, Francisco, VIEIRA, José Ribas, TAVARES, Rodrigo de Souza, VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. Curitiba: Juruá. 2010.

Assim, no primeiro ponto se descreverá o movimento global de expansão do Poder Judiciário, visualizado no século. XX, que desaguou no fenômeno atual da judicialização da política. Na sequência, voltar-se-á as atenções para o Brasil, objetivando verificar qual o papel reservado ao Judiciário pela Constituição de 1988 e se o atual sistema constitucional reúne as condições necessárias para o surgimento da judicialização da política.

No último ponto, retoma-se a problemática da supremacia judicial agora sob o enfoque da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Buscar-se-á verificar se a Corte constitucional brasileira adotou o signo da supremacia judicial e passou a se autocompreender como a única intérprete autêntica da Constituição.

Por fim, a terceira parte do trabalho, inicialmente, apresentará as principais teorias dialógicas que defendem que o significado do texto constitucional deve ser produto da interação dialógica entre Cortes constitucionais e Parlamentos. Na sequência, demonstrar-se-á o porquê de o modelo dialógico ser mais benéfico do que os modelos de supremacia judicial para as democracias constitucionais contemporâneas. Por fim, analisar-se-á a compatibilidade dos modelos dialógicos com o sistema constitucional brasileiro e os mecanismos pelos quais os diálogos constitucionais podem se desenrolar no Brasil.

2. A TRAJETÓRIA DA SUPREMACIA JUDICIAL NOS ESTADOS UNIDOS E AS SUAS DEFICIÊNCIAS

2.1. Jurisdição Constitucional e Supremacia Judicial: uma associação nem sempre verdadeira

O controle judicial de constitucionalidade consiste no poder das Cortes invalidarem ato de outro departamento estatal, por reputá-lo contrário ao texto da Constituição⁵. Já a supremacia judicial se refere ao *status* que a decisão de inconstitucionalidade terá frente à atuação posterior dos demais departamentos estatais⁶. O controle de constitucionalidade exige que os poderes políticos observem a decisão proferida por órgão judicial sobre determinado ato normativo editado em momento anterior à decisão⁷. A supremacia judicial gera efeitos para o futuro, fazendo com que a interpretação judicial da Constituição constitua um precedente vinculante para a posterior interpretação constitucional levada a cabo pelos poderes representativos ou pela sociedade civil⁸.

Embora os conceitos não se confundam, a doutrina constitucional contemporânea acostumou-se a ver a supremacia judicial como uma consequência da supremacia da constituição e dos modelos fortes de jurisdição constitucional. Essa foi a tônica observada na expansão do constitucionalismo dos últimos setenta anos em que, ao lado do reconhecimento da supremacia da Constituição e da incorporação de instrumentos de controle judicial de constitucionalidade, figurou a concepção de que a concessão ao Judiciário da última palavra sobre o sentido da Constituição seria algo inerente ao constitucionalismo.

Assim, sob a justificativa de que a supremacia do Judiciário na interpretação constitucional é uma dedução lógica da supremacia da Constituição e da jurisdição constitucional, os sistemas políticos contemporâneos têm aceitado que juízes, e em especial as Cortes constitucionais, tenham o poder de fixar, isoladamente, o sentido definitivo da

⁵ WARD, Kenneth. **Legislative override as a check on judicial review**. Texas State University, 2007. Disponível em: https://works.bepress.com/kenneth_ward/1/. Acesso em: 20 set. 2016. p. 3

⁶ Ibid., p. 3.

⁷ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 27.

⁸ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. Op. Cit., p. 28.

Constituição. Todavia, essa associação entre controle judicial de constitucionalidade e supremacia judicial nem sempre se operou de forma automática.

Nos Estados Unidos, onde a doutrina da supremacia judicial se desenvolveu e foi objeto de inúmeros estudos, a cunhagem original do *judicial review*⁹ não contemplava o elemento da supremacia judicial¹⁰. Na realidade, nos primórdios da república estadunidense, reconhecia-se que cada departamento estatal tinha competência para formular a sua própria interpretação constitucional.

O compartilhamento da tarefa de interpretar a Constituição no período da fundação da república estadunidense se deve, em boa medida, à noção que se tinha à época do modelo de separação de poderes. O modelo norte-americano de separação de poderes, mais fluído que o modelo francês, tem como um dos seus pilares o método de freios e contrapesos. O mecanismo de autocontrole dos poderes foi instituído com o objetivo de evitar que um dos órgãos estatais se sobrepusesse sobre os demais.

Nesse sentido, Bruce Ackerman ressalta que, no período da fundação dos Estados Unidos, os federalistas temiam que as facções populares se alinhassem a um dos poderes constituídos, o que geraria uma grande concentração de poderes nas mãos de um único departamento estatal¹¹. Para evitar essa problemática, o melhor mecanismo seria dotar os que administram cada departamento com meios constitucionais necessários para resistir aos excessos cometidos pelos outros¹².

Desse modo, foi concedido a cada poder um tipo de instrumento normativo que o permitisse controlar a atuação dos demais poderes, a fim de garantir que os órgãos do Estado não extrapolassem os limites impostos pela Constituição.¹³. Buscava-se através da fragmentação do poder e do controle mútuo que os poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário) atuassem de forma harmônica e equilibrada¹⁴. Assim, o *judicial review* seria o

⁹ O termo *judicial review* será adotado no presente trabalho sempre fazendo referência ao modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade consolidado nos Estados Unidos após o julgamento de *Marbury v. Madison*.

¹⁰ GRIFFIN, Stephen. A era marbury: o judicial review em uma democracia de direitos. Trad: Adauro Villela. In: MOREIRA, Luiz; BIGONHA, Antonio C. (orgs.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2010. p. 236.

¹¹ ACKERMAN, Bruce. **We the People: Foundations**. Harvard: Harvard University Press paperback edition, 1993. E-Book. ISBN 674-94851-6. posição 3519.

¹² ACKERMAN, Bruce. **We the People: Foundations**. Harvard: Harvard University Press paperback edition, 1993. E-Book. ISBN 674-94851-6. posição 3556.

¹³ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 69.

¹⁴ *Ibid.*, p. 69.

mecanismo de controle institucional disponível ao Judiciário para a fiscalização dos atos dos demais poderes e impedi-los de excederem suas competências constitucionais¹⁵.

Isso, contudo, não resultava na supremacia judicial no campo da interpretação constitucional, pois o modelo institucional constituído na fundação estadunidense pedia uma atuação harmônica e equilibrada dos poderes. Portanto, originalmente, o arranjo institucional estadunidense não atribuía a nenhum departamento estatal a condição de intérprete autêntico da Constituição, pelo contrário, previa um modelo de interação fundado na coordenação entre os poderes.

Esse compartilhamento do poder de fixar o sentido da Constituição foi sistematizado por Bradley Thayer, na sua teoria do departamentalismo firmada no século XIX¹⁶. Thayer compreendia que cada departamento estatal tinha a prerrogativa de formular a sua própria leitura da Constituição, sendo que o Judiciário só estaria autorizado a acionar o *judicial review* nos casos em que o ato estatal fosse manifestadamente contrário à Constituição¹⁷. Essa exigência já se mostrava presente nos escritos de Hamilton no *The Federalist*, em que o “*founding father*” argumentava que o Judiciário teria o dever de afastar qualquer lei contrária ao sentido manifesto da constituição¹⁸. Esse filtro indicado por Thayer era um dos elementos que compunha o *judicial review* no seu formato original, sendo chamado de regra do caso questionável¹⁹.

Stephen Griffin ressalta que a regra do caso questionável perdurou por anos na jurisprudência da Suprema Corte americana, tendo sido um importante critério de autocontrole da Corte no seu primeiro século de funcionamento²⁰. A aplicação da regra exigia uma postura deferente da Suprema Corte com as interpretações constitucionais dos demais departamentos estatais, só lhe sendo autorizado declarar inconstitucional o ato normativo claramente inconciliável com a Constituição. Se o dispositivo constitucional supostamente violado

¹⁵ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 71.

¹⁶ THAYER, James B. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, v. 7, n. 3, p. 129-156, oct. 1893.

¹⁷ SILVA, Cecília de Almeida, MOURA, Francisco, VIEIRA, José Ribas, TAVARES, Rodrigo de Souza, VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. Curitiba: Juruá. 2010. p. 23.

¹⁸ HAMILTON, Alexander. O Federalista nº 78. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **O Federalista**. Trad: Ricardo Rodrigues Gama. 1ª edição. Campinas: Russell Editores, 2013. p. 505.

¹⁹ GRIFFIN, Stephen. A era marbury: o judicial review em uma democracia de direitos. Trad: Adauto Villela. In: MOREIRA, Luiz; BIGONHA, Antonio C. (orgs.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2010. p. 230.

²⁰ Ibid., p. 231

comportasse uma interpretação compatível com o ato normativo questionado, este último deveria ser preservado pela Corte.

Portanto, o manejo da regra do caso questionável impedia que houvesse uma prevalência da Suprema Corte sobre os demais poderes no campo da interpretação constitucional nos primeiros anos da república estadunidense, pois, fora os casos em que a inconstitucionalidade fosse evidente, a Corte não tinha legitimidade para invalidar a interpretação elegida pelos demais poderes²¹.

Embora os elementos apresentados já demonstrem a inexistência da supremacia judicial nos primórdios da república estadunidense, a inserção desse elemento ao *judicial review* se deu com base na premissa de que a supremacia do Judiciário no campo na interpretação constitucional é uma consequência automática da supremacia da Constituição e do controle judicial de constitucionalidade. Para sustentar essa concepção, invoca-se, constantemente, um argumento normativo, baseado no raciocínio lógico empregado por Marshall no julgamento de *Marbury v. Madison*²², e um argumento histórico que defende que a supremacia judicial é uma condição inquestionável desde a prolação da decisão em *Marbury*²³. Para desmistificar esses dois argumentos, primeiro se demonstrará que a supremacia judicial não é um elemento que compõe o raciocínio de Marshall para, na sequência, apontar que o elemento da supremacia judicial foi incorporado ao *judicial review* apenas no século XX.

Em seu famoso voto, Marshall recorreu a três fundamentos para justificar a existência do *judicial review* no sistema político estadunidense. O primeiro deles foi o conceito de supremacia da Constituição sobre as leis. Segundo o *chief justice*, a Constituição é fruto da vontade constituinte do povo - poder mais soberano em um regime democrático - e as leis são resultado da deliberação dos representantes eleitos. Por essa razão, o texto constitucional gozaria de uma superioridade hierárquico-normativa sobre a legislação ordinária. O segundo

²¹ SILVA, Cecília de Almeida, MOURA, Francisco, VIEIRA, José Ribas, TAVARES, Rodrigo de Souza, VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. Curitiba: Juruá. 2010. p. 24.

²² GODOY, Miguel. Constitucionalismo popular y crítica a la supremacia judicial: posibles lecciones para Brasil. In: GARGARELLA, Roberto; NIEMBRO ORTEGA, Roberto (orgs). **Constitucionalismo progressista: retos y perspectivas**. Querétaro: Universidad Nacional Autónoma de México. 2016. p. 174.

²³ Aqui cabe o registro da defesa da supremacia judicial formulada por Frederick Schauer e Larry Alexander que refuta esses argumentos baseados em *Marbury* e foca a defesa da supremacia judicial no elemento da estabilidade constitucional que esse modelo de decisão promove ao sistema político estadunidense. Para ver mais: ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. **Defending Judicial Supremacy: A Reply. Constitutional Commentary**, vol. 17:455. Disponível em: <https://conservancy.umn.edu/bitstream/handle/11299/168082/17_03_Alexander_Schauer.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

argumento levantado pelo então presidente da Suprema Corte estadunidense foi o a noção de Estado de Direito.

Para Marshall, a Constituição escrita é estabelecida com o objetivo de impor limites aos poderes instituídos. Os poderes estatais devem exercer suas competências dentro dos limites impostos pelo texto constitucional. Entretanto, se se reconhecesse que um ato normativo do Legislativo, contrário à Constituição, pudesse prevalecer sobre os dispositivos constitucionais, então “*a distinção entre governo com poderes limitados e ilimitados é abolida, pois os limites constitucionais não mais confinariam a atuação das pessoas sobre as quais eles se impõem*”²⁴. Por esta razão, assevera o *Justice* que a aplicação pelo Judiciário de ato normativo ordinário de um dos poderes, conflitante com a Constituição, subverteria o próprio fundamento das constituições escritas – impor limites à atuação dos poderes –, pois se estaria reconhecendo que “*esses limites podem ser ultrapassados livremente*”²⁵.

Na sequência, o *Justice* utiliza a semelhança entre o exercício do controle de constitucionalidade e a função jurisdicional para fortalecer a sua tese de que o Judiciário pode declarar a inconstitucionalidade de leis. Segundo Marshall, a resolução de conflitos normativos por meio da interpretação do direito é a “*essência do Poder Judiciário*”²⁶. O que o *Justice* Marshall quis ressaltar é que a resolução do conflito normativo é tarefa comum no âmbito do Judiciário, e se assemelha à função de controle de constitucionalidade das leis. De tal modo, havendo conflito entre norma constitucional e dispositivo infraconstitucional na resolução de caso concreto, caberia aos juízes afastar o diploma ordinário e aplicar a Constituição²⁷. Diante disso, verifica-se que o raciocínio de Marshall fundamenta-se em três princípios: (i) a supremacia da Constituição em face das leis; (ii) a noção de Estado de Direito; (iii) e a semelhança entre a resolução de casos concretos e a apreciação da constitucionalidade dos atos normativos.

²⁴ Tradução livre do trecho: “*The distinction between a government with limited and unlimited is abolished if those limits do not confine the persons on whom they are imposed*”. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137>. Acesso em: 08 de nov. de 2016.

²⁵ Tradução livre do trecho: “*It is prescribing limits, and declaring that those limits may be passed at pleasure*”. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137>. Acesso em: 08 de nov. de 2016.

²⁶ 5 U.S. 87 (1803). Decisão disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137#writing-USSC_CR_0005_0137_ZO>

²⁷ Conclusão retirada do trecho: “*So, if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty*”. Decisão disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137#writing-USSC_CR_0005_0137_ZO>

Na concepção daqueles que veem a supremacia do Judiciário como algo inerente ao constitucionalismo e à jurisdição constitucional, a supremacia judicial seria o elemento que garante que os princípios da supremacia da constituição e do Estado de Direito, invocados por Marshall, não sejam violados. Sem o elemento da supremacia judicial, o legislador poderia alterar o sentido da Constituição por meio de lei ordinária, que atribui uma determinada interpretação ao texto constitucional. Com isso, constituição e legislação ordinária passariam a ocupar o mesmo patamar hierárquico-normativo, pois esta última poderia alterar o sentido daquela²⁸.

Ademais, a possibilidade de lei ordinária moldar o sentido da Constituição também afetaria os preceitos do Estado de Direito, pois o Parlamento não estaria mais submetido aos limites constitucionais, afinal ele próprio, por meio da interpretação, passaria a definir os limites a que estaria sujeito²⁹. Como se verá nos tópicos 2.2 e 3.3, esses foram os fundamentos invocados pela Suprema Corte estadunidense e pelo Supremo Tribunal Federal para rechaçar a possibilidade de lei ordinária superar a interpretação constitucional pretérita das Cortes.

Contudo, nem o próprio Marshall reconhecia essa implicação lógica entre o seu raciocínio e a supremacia judicial. Em exame analítico do voto de Marshall, Michael Paulsen ressaltou que nada em *Marbury* oferece suporte ao moderno mito da supremacia judicial na interpretação da Constituição³⁰.

Segundo o constitucionalista, “*o poder do controle judicial de constitucionalidade nunca foi compreendido pelos seus proponentes e defensores da Constituição como um poder de supremacia judicial sobre os demais poderes, muito menos uma exclusividade judicial no campo da interpretação constitucional*”³¹. A competência judicial para decidir casos concretos, de acordo com Paulsen, não implica em uma supremacia judicial sobre os demais poderes ou numa tutela especial do Judiciário sobre a Constituição³². Essa também é a opinião de Miguel

²⁸ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011., p. 24.

²⁹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 24.

³⁰ PAULSEN, Michael. The irrepressible myth of Marbury. **Michigan Law Review**, v. 101, 2003, p. 601-637. p. 602. Disponível em: < http://www.pegc.us/archive/Unitary%20Executive/paulsen_myth_of_marbury_2004.pdf>. Acesso em: 08 de nov. de 2016. p. 62.

³¹ Ibid., 62. Tradução livre do trecho “*the power of judicial review was never understood by proponents and defenders of the Constitution as a power of judicial supremacy over the other branches, much less one of judicial exclusivity in constitutional interpretation*”.

³² Ibid., p. 603.

Godoy, para quem “a assertiva de Marshall de que é dever necessário do Poder Judiciário dizer o que é lei não se traduz em uma competência exclusiva do Judiciário de dizer o que é a constituição”³³.

A lógica de Marshall, na realidade, fundamenta-se não em uma supremacia judicial, mas na supremacia da Constituição, reconhecendo ser competência de todos os poderes, e não apenas do Judiciário, a tarefa de interpretar a constituição³⁴. Marshall compreendia que cada departamento estatal detinha uma independência interpretativa da Constituição, e que isso era uma consequência da própria supremacia da Constituição e do modelo de separação de poderes³⁵. Isso fica evidente na parte final do seu voto quando o *chief Justice*, referindo-se à Constituição, afirma que “os pais fundadores da Constituição contemplaram esse instrumento como uma regra para o governo das cortes, assim como para o Legislativo”³⁶.

Além do raciocínio construído por Marshall em *Marbury* não fundamentar uma preponderância da interpretação judicial da Constituição sobre a dos demais poderes, a postura adotada pelo *chief Justice*, enquanto juiz da Suprema Corte, também não indica uma adoção por sua parte do elemento da supremacia judicial. Nos julgamentos dos casos *Fletcher v. Peck*³⁷, *McCulloch v. Maryland*³⁸ e *Dartmouth College v. Woodward*³⁹, por exemplo, o então

³³ GODOY, Miguel. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. 2015. 266 f. Tese de Doutor em Direito – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 60.

³⁴ PAULSEN, Michael. The irrepressible myth of Marbury. **Michigan Law Review**, v. 101, 2003, p. 601-637. p. 602. Disponível em: < http://www.pegc.us/archive/Unitary%20Executive/paulsen_myth_of_marbury_2004.pdf>. Acesso em: 08 de nov. de 2016. p. 604.

³⁵ Ibid., p. 602.

³⁶ Tradução livre do trecho: “From these and many other selections which might be made, it is apparent that the framers of the Constitution contemplated that instrument as a rule for the government of courts, as well as of the Legislature.”

³⁷ 10 U.S. 87 (1810). Nesse caso, Marshall sedimentou o entendimento de que a Corte não poderia declarar uma lei inconstitucional a menos que a oposição entre Constituição e lei seja clara e patente, conforme se depreende do seguinte trecho extraído do seu voto “The opposition between the Constitution and the law should be such that the judge feels a clear and strong conviction of their incompatibility with each other.” Voto disponível em: < https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/10/87#writing-USSC_CR_0010_0087_ZO>.

³⁸ 17 U.S. 316 (1819). Conclusão retirada da seguinte passagem do voto: “Let the end be legitimate, let it be within the scope of the Constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the Constitution, are Constitutional”. Voto disponível em: < https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/17/316#ZO-17_US_316ast>

³⁹ 17 U.S. 518 (1819). Conclusão retirada do trecho: “On more than one occasion, this Court has expressed the cautious circumspection with which it approaches the consideration of such questions, and has declared that in no doubtful case would it pronounce a legislative act to be contrary to the Constitution. Voto disponível em: < https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/17/518#writing-USSC_CR_0017_0518_ZO>

⁴⁰ GRIFFIN, Stephen. A era marbury: o judicial review em uma democracia de direitos. Trad: Adauto Villela. In: MOREIRA, Luiz; BIGONHA, Antonio C. (orgs.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 234.

Presidente da Suprema Corte estadunidense endossou a regra do caso questionável como um critério limitador da atuação da Corte.

Como já ressaltado, a adoção da regra do caso questionável tem como efeito a rejeição de uma concepção de supremacia do Judiciário no campo da interpretação constitucional. Portanto, o poder do controle de constitucionalidade jamais fora concebido por Marshall como um poder de supremacia judicial sobre os demais poderes como fazem crer as premissas do modelo de supremacia do Judiciário.

Outro fator que demonstra que o elemento da supremacia judicial não fazia parte do *judicial review*, no seu formato original, é o tempo que a Suprema Corte estadunidense levou para invocar *Marbury* como um precedente. Da análise da sua jurisprudência, constata-se que a Corte manteve o raciocínio lógico de Marshall em sono profundo por 84 anos, só vindo a invocá-lo como precedente no julgamento do caso *Mugler v. Kansas*⁴¹, de 1887⁴². Se, de fato, a supremacia judicial fosse uma consequência automática dos fundamentos utilizados por Marshall, era de se esperar que a Suprema Corte invocasse, constantemente, *Marbury* para fundamentar a preponderância da sua interpretação constitucional sobre as dos outros poderes. Além disso, no período anterior à guerra de secessão, a Corte declarou apenas duas leis inconstitucionais, nos casos *Marbury* e *Dred Scott*⁴³.

Este último, por sinal, causou fortes reações políticas e sociais, contrárias e favoráveis à decisão⁴⁴. Neste caso, a Suprema Corte determinou que os negros trazidos aos Estados Unidos como escravos não tinham direito a qualquer tipo de tutela constitucional, tampouco poderiam se tornar cidadãos americanos⁴⁵. Os *Justices* assentaram ainda que a Corte não poderia proibir a escravidão nos territórios federais e que a propriedade dos escravos não poderia ser removida de seus donos sem o devido processo de indenização.

A decisão polêmica da Corte fez com que a população contrária à escravidão – em especial os nortistas e republicanos – passasse a questionar a legitimidade do *judicial review* e

⁴¹ 123 U.S. 623 (1887). No caso, a Corte resgatou *Marbury* para justificar seu poder de invalidar uma lei estadual com amparo na Emenda XIV. Ver: RUIZ, Marian A. *Marbury versus Madison* doscientos años (u mas) después. In: **Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional**. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, n. 4., p. 109-150.

⁴² Entre 1803 e 1894, a Corte Suprema estadunidense declarou a inconstitucionalidade de 21 leis federais, sendo que em nenhum desses julgamentos foi feita referência à *Marbury*.

⁴³ 60 U.S. 393 (1857).

⁴⁴ GODOY, Miguel. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. 2015. 266 f. Tese de Doutora em Direito – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 64.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 64.

a autoridade da Corte no campo da interpretação constitucional. A insatisfação política e popular com a decisão em *Dred Scott* enfraqueceu a autoridade da Corte no manuseio do *judicial review*, ao ponto dela não mais declarar a inconstitucionalidade de nenhuma lei federal até o começo da década de 1860⁴⁶.

Todas essas considerações são suficientes para demonstrar que a associação entre supremacia judicial e jurisdição constitucional não se deu de forma automática nos Estados Unidos. Na realidade, antes de a Suprema Corte adotar a doutrina da supremacia judicial e se fixar como intérprete final do sentido da Constituição, o que havia era um sofisticado diálogo em que cada instituição contribuía com a lógica que lhe era própria para a construção dos entendimentos constitucionais⁴⁷.

Desse modo, a concepção que defende que a supremacia judicial é uma implicação lógica da supremacia da Constituição não se sustenta, pois em boa parte da história do *judicial review*, o controle judicial de constitucionalidade foi exercido sem que, para isso, fosse necessário conceder a última palavra sobre o sentido da Constituição ao Judiciário. Cabe agora, verificar em que momento essa associação se deu na história constitucional estadunidense.

2.2. A Releitura de *Marbury v. Madison* e a Incorporação da Supremacia Judicial no Sistema Político Estadunidense

Apesar das turbulências políticas e institucionais que se seguiram ao julgamento de *Dred Scott*, Larry Kramer aponta que a Suprema Corte conseguiu consolidar o exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis no sistema constitucional estadunidense no período em que ficou conhecido como reconstrução⁴⁸⁴⁹. Alguns fatores institucionais e políticos permitiram que a Corte assentasse a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade e se colocasse, permanentemente, como um dos intérpretes da Constituição. Por exemplo, a

⁴⁶ KRAMER, Larry. **The people Themselves: popular constitutionalism and Judicial Review**. New York: Oxford: University Press, 2004. p. 213.

⁴⁷ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 60.

⁴⁸ Bruce Ackerman divide a história constitucional estadunidense em três períodos (i) fundação; (ii) reconstrução; e (iii) new deal. O período de reconstrução compreende os anos posteriores à guerra civil entre nortistas e sulistas nos EUA e vai até o governo Roosevelt e suas políticas do New Deal. Para ver mais: ACKERMAN, Bruce. **We the People: Foundations**. Harvard: Harvard University Press paperback edition, 1993. E-Book. ISBN 674-94851-6.

⁴⁹ KRAMER, Larry. **The people Themselves: popular constitutionalism and Judicial Review**. New York: Oxford: University Press, 2004. p. 213.

ascensão do partido republicano – iniciada por Abraham Lincoln – deu lugar, a partir de 1874, a várias décadas de governo dividido⁵⁰. Nesse ambiente de fragmentação do poder político, os juízes da Suprema Corte encontraram espaço para atuar de forma mais livre e demonstrar que a resolução das disputas políticas dependia de um Judiciário forte e independente⁵¹.

As mudanças realizadas em sua composição no final do século XIX também contribuíram para que a Suprema Corte expandisse o seu âmbito de atuação. Munidos de uma noção mais conservadora dos direitos de propriedade e do liberalismo, os novos membros da Corte passaram a atuar de forma mais agressiva, reconhecendo a competência da Suprema Corte para deliberar sobre temas essencialmente políticos e submetendo quase todas as legislações aprovadas na época à apreciação judicial⁵².

Esse movimento de expansão do âmbito de competência da Corte atingiu seu ápice no espaço temporal que ficou conhecido como a Era *Lochner*⁵³. Nesse período, a Corte ficou marcada pelo seu ativismo conservador, tendo se utilizado da doutrina do devido processo legal substantivo para declarar a inconstitucionalidade de várias leis que de alguma forma promoviam a intervenção do Estado na economia⁵⁴. Por essa doutrina, a Corte, além de verificar a constitucionalidade formal de um ato normativo, passou também a analisar a sua razoabilidade face aos princípios da Constituição⁵⁵.

A decisão que inaugurou o chamado “*laissez-faire constitutionalism*”⁵⁶ foi a proferida no caso *Pollock v. Farmers’ Loan and Trust Company*⁵⁷, de 1895, em que se discutia a constitucionalidade da forma de tributação do imposto de renda incidente sobre o rendimento de imóveis. Na referida decisão, a Corte sedimentou o entendimento de que “*desde que foi proferida a decisão de Marbury v. Madison, não se tem mais dúvidas de que, por expressa previsão da Constituição e por necessária interferência e implicação, é competência judicial*

⁵⁰ KRAMER, Larry. **The people Themselves: popular constitutionalism and Judicial Review**. New York: Oxford: University Press, 2004. p. 214.

⁵¹ GODOY, Miguel. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. 2015. 266 f. Tese de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 66.

⁵² KRAMER, Larry. **The people Themselves: popular constitutionalism and Judicial Review**. New York: Oxford: University Press, 2004. p. 214.

⁵³ Período que compreende os anos de 1895 até 1937.

⁵⁴ BARBOZA, Estefânia Maria Q. **Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2007. p. 97.

⁵⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008. p. 442.

⁵⁶ O termo faz referência à atitude ideológica que caracterizou a atuação da Suprema Corte estadunidense no período intitulado “Era Lochner”.

⁵⁷ 157 U.S. 429 (1895).

determinar se uma lei dos Estados Unidos está em conformidade com a Constituição e, conseqüentemente, se ela deve ser considerada válida ou nula”⁵⁸.

Nota-se que *Marbury v. Madison* foi invocado pelos *Justices* para legitimar o controle judicial de constitucionalidade que a Corte estava prestes a realizar sobre a lei. Essa prática tinha como objetivo demonstrar à sociedade e aos demais poderes que o exercício do *judicial review* era algo consolidado e que desde a prolação da decisão em *Marbury*, ele tem feito parte do sistema constitucional estadunidense sem qualquer tipo de questionamento⁵⁹. Dessa maneira, *Marbury* foi utilizado pela Suprema Corte, nesse primeiro momento, como argumento histórico capaz de legitimar o exercício do *judicial review*. Todavia, o resgate de *Marbury* não foi feito apenas com o objetivo de reafirmar a competência dos juízes para apreciarem a validade das leis em face da Constituição, mas também para legitimar as decisões conservadoras tomadas pela Corte no início do século XX.

Com isso, abriu-se espaço para que a Suprema Corte da Era *Lochner* apreciasse leis que tratavam de regulação econômica e direitos sociais, temas essencialmente políticos, declarando-as inconstitucionais com o objetivo de preservar uma visão econômica conservadora. Assim, incorporou-se ao *judicial review* uma natureza política que não fazia parte da sua conceituação originária, e a Suprema Corte começou a assumir um papel preponderante no campo da interpretação constitucional, conforme denuncia passagem do discurso, datado de 1907, do futuro *chief Justice*, Charles Evans Hughes⁶⁰, então Governador do Estado de Nova York, sobre o papel da interpretação judicial da Constituição: “*Nós vivemos sobre uma Constituição, mas a Constituição é o que os juízes dizem que ela é*”⁶¹.

⁵⁸ Tradução livre do trecho: “*Since the opinion in Marbury v. Madison, 1 Cranch 137, 1 Cranch 177, was delivered, it has not been doubted that it is within judicial competency, by express provisions of the Constitution or by necessary inference and implication, to determine whether a given law of the United States is or is not made in pursuance of the Constitution, and to hold it valid or void accordingly.*”

⁵⁹ RUIZ, Marian A. *Marbury versus Madison doscientos años (u mas) después*. In: **Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional**. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, n. 4., p. 109-150. p. 115.

⁶⁰ Charles Evans Hughes foi um importante político e jurista norte-americano da primeira metade do século XX. Foi eleito Governador do Estado de Nova York para o período de 1906-1910. Em outubro de 1910 foi nomeado como juiz associado da Suprema Corte pelo então Presidente William Howard Taft. Em 1916 renunciou ao cargo para concorrer às eleições presidenciais como o candidato do partido republicano, tendo sido derrotado pelo democrata Woodrow Wilson. Em 1930 retornou à Suprema Corte agora como *chief Justice*, nomeado pelo Presidente Herbert Hoover.

⁶¹ Tradução livre da frase: “*We live under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is*” Trecho do discurso à Câmara de Comércio de Elmira, Nova York, de maio de 1907. *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes: governador de Nova Iorque, 1906-1908* (1908), p. 139. Disponível em: < <https://archive.org/stream/addressespapers000hugh#page/138/mode/2up>>. Acesso em 09 de nov. de 2016.

A atuação política da Suprema Corte se intensificou com o advento da crise de 1929 e do Plano *New Deal* do Presidente Franklin Delano Roosevelt⁶². Como se sabe, o *New Deal* buscava estabilizar a economia estadunidense e dar maior seguridade econômica à população através de medidas que produziriam uma igualdade substantiva entre os cidadãos⁶³. Aos olhos da Suprema Corte, as políticas do *New Deal* violavam, em boa medida, a noção de *laissez-faire*, compartilhada pela maioria dos *Justices*, fato que levou a Corte a declarar a inconstitucionalidade de várias leis que regulamentavam programas do plano econômico e social do governo Roosevelt⁶⁴.

Essa postura conservadora da Corte fez com que Roosevelt iniciasse uma mobilização política contra a Suprema Corte, que culminou no envio ao Congresso de um projeto de lei que autorizava o Presidente a nomear um novo juiz para cada membro da Corte que tivesse mais de setenta anos no momento da aprovação da reforma e se recusasse a se aposentar⁶⁵. Se aprovada, a inovação legislativa garantia à Roosevelt a possibilidade de nomear seis novos juízes, o que lhe permitiria abarrotar a Corte com juízes favoráveis às medidas do *New Deal*. Esse episódio ficou conhecido como *Court-Packing Plan*. Embora a medida do Presidente não tenha tido grande aceitação no Congresso, a mera ameaça institucional fez com que o *Justice* Owen Roberts mudasse seu entendimento sobre as políticas do governo Roosevelt, fazendo com que a Corte passasse a ter uma maioria favorável ao *New Deal*.

Após o episódio do empacotamento, a Suprema Corte abandonou o viés político conservador para se converter em um agente garantidor dos direitos e liberdades individuais, além de defensor das minorias, fato que potencializou o seu caráter político⁶⁶. A decisão que abre esse novo período foi a proferida no caso *Caroline Products Co v. USA*⁶⁷, oportunidade na qual a Corte decidiu que a presunção de constitucionalidade das leis poderia ser afastada se houvesse ofensa a um direito fundamental previsto na Constituição ou se a lei fosse contra as

⁶² GODOY, Miguel. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. 2015. 266 f. Tese de Doutora em Direito – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 66.

⁶³ Ibid., p. 66.

⁶⁴ Ibid., p. 67.

⁶⁵ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 306.

⁶⁶ RUIZ, Marian A. Marbury versus Madison doscientos años (u mas) después. In: **Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional**. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, n. 4., p. 109-150. p. 118.

⁶⁷ 304 U.S. 144 (1938).

minorias, mesmo que ela visasse um objetivo público, na hipótese de haver outra medida menos gravosa que pudesse atingi-lo⁶⁸.

A decisão partiu do pressuposto de que a falta de representação política das minorias insulares deixavam seus direitos vulneráveis a restrições inconstitucionais levadas a cabo pelo Legislativo. Assim, em virtude do insulamento político das minorias, o Judiciário teria melhores condições para tutelar os seus direitos e afastar possíveis abusos impetrados pela maioria parlamentar.

A partir desse precedente, a Corte estadunidense passou a reconhecer que a sua interpretação, em matéria de direitos, teria uma superioridade, *a priori*, sobre o entendimento exarado pelos poderes representativos, o que autorizaria o afastamento da presunção de constitucionalidade das leis. Iniciou-se, com isso, um processo de aceitação institucional e popular de que a supremacia judicial, no campo da interpretação constitucional era um elemento necessário e consolidado no sistema constitucional estadunidense⁶⁹. Com a virada jurisprudencial da Corte, a ala política mais liberal – na sua maioria composta por democratas – que historicamente era mais receosa com as decisões da Suprema Corte, passou a vê-la como uma instituição consagradora de conquistas sociais e econômicas⁷⁰. Desse modo, conservadores e liberais passaram a aceitar, de modo mais pacífico, a supremacia da Corte no campo da interpretação constitucional⁷¹.

Tal processo culminou na autoafirmação da Suprema Corte como intérprete autêntica da constituição no caso *Cooper v. Aaron* em que a Corte declarou que o judiciário federal é supremo na interpretação e na aplicação da Constituição. O caso discutia a constitucionalidade da decisão da escola de *Little Rock*, Arkansas de suspender, por dois anos e meio, o programa de desagregação racial em razão da resistência popular em permitir que as crianças afro-americanas frequentassem aulas nas escolas estaduais. Um dos fundamentos invocados pela Corte para rechaçar a decisão da escola foi o de que raciocínio empregado por Marshall em *Marbury v. Madison* estabeleceu o “*princípio básico de que o poder judicial federal é supremo*

⁶⁸ BARBOZA, Estefânia Maria Q. **Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2007. p. 101

⁶⁹ GODOY, Miguel. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. 2015. 266 f. Tese de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 66.

⁷⁰ KRAMER, Larry. **The people Themselves: popular constitutionalism and Judicial Review**. New York: Oxford: University Press, 2004. p. 223.

⁷¹ Ibid. p. 223.

*na exposição da Constituição, e esse princípio tem sido respeitado desde então como uma característica permanente e indispensável do nosso sistema constitucional*⁷²”.

Nota-se que a razão pela qual *Marbury* foi invocado nesse caso é diferente daquela vista no começo do século XX em que a Corte buscava legitimar o exercício do *judicial review* no sistema constitucional estadunidense. Aqui o raciocínio lógico de Marshall foi utilizado para fundamentar a supremacia da interpretação judicial da Constituição frente a dos demais poderes. A Suprema Corte, portanto, promoveu uma releitura de *Marbury* para alocá-lo como argumento justificador da incorporação do elemento da supremacia judicial ao *judicial review*⁷³. Isso porque, como já demonstrado, não havia nada no raciocínio lógico de Marshall que embasasse uma preponderância do Judiciário sobre os demais poderes no campo da interpretação constitucional.

Com essa decisão, a Corte não só se autoproclamou como a suprema intérprete da Constituição, como também afirmou que os seus pronunciamentos constitucionais integram o bloco de constitucionalidade, devendo ser respeitados pelos poderes estaduais sob pena de se estar violando a própria Constituição⁷⁴. As decisões da Corte que se seguiram foram marcadas por um caráter progressista da Suprema Corte no campo dos direitos e garantias individuais, o que suscitou críticas por parte da ala política mais conservadora, que invocava o *déficit* democrático da Corte para criticar as suas decisões, sob o argumento de que elas sufocavam as vias políticas ordinárias⁷⁵.

Nesse ponto, a obra de Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*⁷⁶, é considerada um marco, por ter elaborado um discurso legitimador do *judicial review*, que afastava as objeções democráticas levantadas por esta ala conservadora da política⁷⁷. O autor estadunidense defendeu que as decisões da Suprema Corte

⁷² Tradução livre do trecho “*he federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution, and that principle has ever since been respected by this Court and the Country as a permanent and indispensable feature of our constitutional system*”

⁷³ RUIZ, Marian A. *Marbury versus Madison doscientos años (u mas) después*. In: **Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoria del estado, derecho público e historia constitucional**. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, n. 4., p. 109-150. p. 115.

⁷⁴ RUIZ, Marian A. *Marbury versus Madison doscientos años (u mas) después*. In: **Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoria del estado, derecho público e historia constitucional**. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, n. 4., p. 109-150. p. 120.

⁷⁵ KRAMER, Larry. **The people Themselves: popular constitutionalism and Judicial Review**. New York: Oxford: University Press, 2004. p. 222.

⁷⁶ BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics**. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

⁷⁷ SILVA, Cecília de Almeida, MOURA, Francisco, VIEIRA, José Ribas, TAVARES, Rodrigo de Souza, VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. Curitiba: Juruá. 2010. p. 24.

e demais órgãos judiciais, no exercício do *judicial review*, eram decisões políticas que se legitimavam pela sua função contra majoritária. Segundo Bickel, a “*revisão judicial é a força contramajoritária no nosso sistema, uma instituição desviante na democracia americana*”⁷⁸.

Na concepção do constitucionalista, o fato dos juízes não serem eleitos pelo povo torna o poder judicial de invalidar atos dos poderes representativos algo desviante em um sistema democrático. Dessa forma, a legitimidade do *judicial review* deveria vir de outra fonte que não a representação democrática. A partir disso, Bickel defendeu que a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade adviria da sua função contra majoritária. O *judicial review* seria um poder exercido não em nome da maioria dominante, mas sim contra esta, atribuindo um poder de veto judicial em favor da pequena minoria para que fosse possível a tutela dos seus direitos.

Assim, sempre que a controvérsia constitucional envolvesse direitos de minorias, o Judiciário estaria legitimado a acionar o *judicial review* e apreciar a constitucionalidade do ato normativo. O critério de legitimidade do *judicial review* baseado na sua função contra majoritária foi importante para a afirmação do papel preponderante da Suprema Corte no arranjo institucional estadunidense, pois afastou, em boa medida, as objeções democráticas direcionadas ao controle judicial de constitucionalidade⁷⁹.

Todavia, a teoria de Bickel não pode ser considerada como uma defensora da supremacia judicial, pois o autor compreendia que a Corte não deveria dar a solução final a todos os casos que fossem levados para sua apreciação. Segundo o constitucionalista, a Corte, diante de um caso concreto, poderia: (i) revogar a lei em razão da sua inconstitucionalidade; (ii) declará-la constitucional; ou (iii) decidir não decidir. Essa última opção, a qual Bickel chamou de virtudes passivas, desoneraria a Corte de impor uma decisão sobre uma controvérsia constitucional, a qual a sociedade ainda não estaria pronta para aceitar. Ao não decidir, a Corte deixaria em aberto a questão controvertida, o que estimularia um diálogo com os poderes e com a sociedade que, ao final, resultaria em uma decisão, provavelmente legislativa, que solucionaria a questão controversa⁸⁰.

⁷⁸ BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics**. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962. p. 17.

⁷⁹ SILVA, Cecília de Almeida, MOURA, Francisco, VIEIRA, José Ribas, TAVARES, Rodrigo de Souza, VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. Curitiba: Juruá. 2010. p. 24.

⁸⁰ BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics**. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962. p. 196.

Nesse sentido, assevera Christine Bateup que “o uso das virtudes passivas incentiva o diálogo constitucional, pois elas dão aos poderes políticos, em conjunto com a sociedade, a oportunidade de debater e resolver questões constitucionais de divisão através dos canais democráticos, ao passo que a questão de princípio permanece em suspenso e amadurece”⁸¹. Portanto, a aplicação completa da teoria construída por Bickel não resulta em uma supremacia judicial no campo da interpretação da Constituição. Entretanto, a leitura parcial da sua teoria - focada apenas na legitimidade da função contra majoritária - prevaleceu nos Estados Unidos e, segundo Stephen Griffin, fomentou “um institucionalismo dedutivo em que o Judiciário é considerado a melhor instituição para tratar sobre os dispositivos constitucionais porque ele o tinha que ser”⁸².

Retornando à jurisprudência da Suprema Corte, observa-se que o elemento da supremacia judicial se incorporou de vez ao *judicial review* durante a presidência do juiz conservador William Rehnquist. No julgamento de *City of Bourne v. Flores*⁸³, a Corte apreciou a validade de lei que visava superar interpretação constitucional pretérita da Corte fixada no caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*.⁸⁴ Em *Smith*, discutiu-se se a liberdade religiosa exonerava os indivíduos do cumprimento de normas gerais e abstratas, como a vedação do uso de drogas. A Corte adotou a fundamentação do *Justice* Scalia que compreendia que os indivíduos não poderiam invocar a liberdade religiosa para não se sujeitarem aos ditames das normas infraconstitucionais.

Se a argumentação da Corte tivesse se limitado a declarar que a liberdade religiosa não exonera os indivíduos do cumprimento dos comandos normativos, a decisão judicial não teria gerado maiores controvérsias na sociedade americana. O problema é que a fundamentação de Scalia foi além ao assentar o entendimento de que as leis restritivas do direito à liberdade religiosa não precisariam passar pelo *strict scrutiny*, ou seja, não precisariam demonstrar que a medida eleita pelo legislador é a menos gravosa dentro as igualmente aptas para concretizar o interesse público⁸⁵. Consequentemente, o voto vencedor de Scalia dava carta branca ao

⁸¹ Trad. livre de BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. In: **Brooklyn Law Review**. New York: New York University School of Law, 2006. p. 27.

⁸² GRIFFIN, Stephen. A era marbury: o judicial review em uma democracia de direitos. Trad: Adauto Villela. In: MOREIRA, Luiz; BIGONHA, Antonio C. (orgs.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2010. p. 246.

⁸³ 521 US 527 (1997).

⁸⁴ 492 US 872 (1990)

⁸⁵ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 23.

legislador para impor restrições ao direito à liberdade religiosa da forma como melhor compreendesse. A decisão causou uma forte reação contrária nos demais poderes e na sociedade, a ponto do Congresso estadunidense aprovar o *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) que, em sua seção três⁸⁶, revertia, frontalmente, o entendimento pretérito da Corte ao determinar que as leis gerais restritivas da liberdade religiosa deveriam se submeter ao *strict scrutiny*.

Como esperado, a inovação legislativa foi levada para a apreciação da Suprema Corte no julgamento do caso *City of Boerne v. Flores*. No caso, o Arcebispo Flores pleiteava a revisão de decisão das autoridades administrativas da cidade de Bourne, no Texas - que haviam indeferido o seu pedido de licenciamento de obra em igreja – com base no fundamento de que a decisão municipal violava o disposto no RFRA⁸⁷. A Suprema Corte rechaçou o recurso do Arcebispo por compreender que a RFRA era uma tentativa do Congresso superar a interpretação judicial do direito à liberdade religiosa. Entendeu a Corte que os legisladores ultrapassaram os limites definidos pela Seção Cinco da Décima Quarta Emenda, que concede ao Legislativo o poder de dar cumprimento às disposições da Emenda e não o poder de determinar o que constitui uma violação a direito fundamental.

O que chama à atenção no caso não é nem tanto a decisão em si, mas a utilização dos princípios de *Marbury* para chegar à conclusão de que “*o poder de interpretar a Constituição nos casos e controvérsias se mantém com o Judiciário*”⁸⁸. Nesse sentido, o *Justice Kennedy*, relator do voto majoritário, rechaçou a possibilidade de o Legislativo interpretar Décima Quarta Emenda para o fim de fixar a obrigatoriedade da submissão dos atos normativos ao *strict scrutiny*, sob o fundamento de que “*se o Congresso pudesse definir seus próprios poderes por meio da alteração da Décima Quarta Emenda, a Constituição não mais seria uma lei suprema superior, imutável por meios ordinários*”⁸⁹. Ademais, o *Justice* apontou que reconhecer a

⁸⁶ Sec. 3: Free Exercise of Religion Protected;

(a) In General – Government shall not substantially burden a person’s exercise of religion even if the burden results from a rule of general applicability, except as provided in subsection (b).

(b) Exception – Government may substantially burden a person’s exercise of religion only if it demonstrates that application of the burden to the person: (1) is in furtherance of a compelling government interest; and (2) is the least restrictive means of furthering that compelling government interest.

⁸⁷ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 24.

⁸⁸ 521 US 527 (1997). Tradução livro do trecho “*The power to interpret the Constitution in case or controversy remains in the Judiciary*”. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/507/case.pdf>. Acesso em: 09 de nov. de 2016.

⁸⁹ Tradução livre do trecho: “*If Congress could define its own powers by altering the Fourteenth Amendment’s meaning, no longer would the Constitution be superior paramount law, unchangeable by ordinary means*”.

possibilidade de os legisladores reverterem a interpretação da Suprema Corte tornaria os poderes do Legislativo ilimitados, pois “*seria muito difícil conceber um princípio que pudesse limitar o poder do Congresso*”⁹⁰.

Observa-se que os fundamentos levantados pela Corte se identificam com os argumentos da supremacia da Constituição e do Estado de Direito, elencados por Marshall em seu voto no caso *Marbury v. Madison*. Com base nestes princípios, a Corte se alinhou à supremacia judicial ao ressaltar, no final, que “*quando os ramos políticos do Governo atuam em um contexto em que já haja uma interpretação judicial da Constituição, eles devem compreender que a Corte tratará seus precedentes com respeito quando analisar casos e controvérsias futuras*”⁹¹. Em outras palavras, o que a Corte quis deixar claro com essa passagem é que Legislativo e Executivo devem observar as interpretações constitucionais da Corte, sob pena dos seus atos serem declarados inconstitucionais por, simplesmente, confrontarem precedente da Suprema Corte.

Diante disso, fica claro que neste caso, assim como em *Cooper v. Aaron*, a Suprema Corte promoveu uma releitura dos princípios declarados em *Marbury* para sustentar que a supremacia judicial seria uma decorrência lógica do modelo de controle judicial de constitucionalidade proposto por Marshall. Essa releitura transmite a ideia de que o *judicial review* sempre incorporou o elemento da supremacia judicial, sendo que a Corte, ao afastar lei ordinária que busca superar sua decisão, estaria apenas reafirmando as premissas históricas do instituto.

Destarte, demonstra-se que a supremacia judicial não constitui um elemento inseparável do constitucionalismo e dos modelos de controle judicial de constitucionalidade, tendo sido incorporado nos Estados Unidos apenas na segunda metade do século XX. Essa conclusão abre as portas para a busca de um modelo alternativo ao da supremacia, que valorize mais a interpretação constitucional extrajudicial e corrija as problemáticas da supremacia judicial. Todavia, para que seja possível criar um parâmetro de comparação entre o modelo alternativo e o atualmente aceito na maioria dos sistemas constitucionais contemporâneos, é imprescindível apontar as deficiências do modelo de supremacia do Judiciário.

⁹⁰ Tradução livre do trecho: “*Under this approach, it is difficult to conceive of a principle that would limit congressional power*”.

⁹¹ Tradução livre do trecho: “*When the political branches of the Government act against the background of a judicial interpretation of the Constitution already issued, it must be understood that in later cases and controversies the Court will treat its precedents with the respect due them under settled principles*”.

2.3. As Deficiências do Modelo da Supremacia Judicial

Há tempos o campo da hermenêutica tem sedimentado o entendimento de que o significado de um texto normativo não pode ser dado pelo próprio texto, sendo necessário a atuação de um agente externo capaz de interpretá-lo. Eros Roberto Grau assevera que o significado da norma é produzido pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade por ele visualizada⁹². É de se esperar, portanto, que haverá textos normativos que comportarão diferentes significados, a depender do intérprete e da realidade que o circunscreve.

No texto da Constituição, não é difícil encontrar dispositivos constitucionais que comportam mais de uma interpretação. O mandado de injunção, por exemplo, nos primeiros anos da vigência do regime constitucional de 1988, havia correntes doutrinárias que interpretavam o artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de forma mais restritiva e outras correntes que davam um sentido mais amplo ao remédio constitucional.

Todavia, em um sistema onde o elemento da supremacia judicial se mostra presente, a Constituição pode admitir diversas interpretações, mas a única interpretação válida será a levada a cabo pela Corte constitucional⁹³. Como consequência, o debate constitucional fora das Cortes perde força, pois qualquer interpretação adotada pela sociedade ou pelos demais poderes dependerá do aval da Corte constitucional para ter validade.

A própria ideia de um intérprete autêntico da Constituição parece não se coadunar com a concepção de regime democrático ao desconsiderar a participação dos demais poderes e da sociedade na construção do sentido da Constituição. O caso *City of Boerne v. Flores* exemplifica muito bem isso, pois a interpretação constitucional empregada pela Suprema Corte foi rechaçada pelos órgãos representativos e pela sociedade e, por mais que o Congresso americano tenha canalizado essa aversão e editado uma lei que superava a decisão considerada errônea, a Suprema Corte manteve a sua interpretação por ser, meramente, a interpretação da

⁹² GRAU, Eros. **Por que eu tenho medo de juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2014. p. 113.

⁹³ RUIZ, Marian A. Marbury versus Madison doscientos años (u mas) después. In: **Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional**. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, n. 4., p. 109-150. p. 121.

Corte constitucional. Isso gera um desengajamento dos demais departamentos estatais e atores sociais no processo de construção do sentido da Constituição⁹⁴

Outro ponto destacável do julgamento de *City of Bourne v. Flores* é que a reação legislativa levada a cabo pelo Congresso americano positivava o entendimento defendido no voto divergente do *Justice O'Connor*. Portanto, mesmo que o legislador se alinhe à interpretação de uma parte dos membros do tribunal constitucional, o seu ato normativo continuará sendo considerado inconstitucional. Disso decorrem duas problemáticas. A primeira relativa a fragilidade de uma interpretação constitucional fruto de uma decisão dividida, e a segunda referente à incoerência entre o modelo de supremacia judicial e a função dos votos divergentes. A divisão interna dentro das Cortes constitucionais demonstra que a questão posta em debate continua controversa, não havendo uma interpretação claramente correta para determinado dispositivo constitucional. Diante disso, considerar que mesmo as decisões divididas vinculam o legislador para o futuro, impedindo-o de editar lei contrária ao entendimento majoritário da Corte, não parece ser a melhor solução, pois fecha a porta do debate de uma questão que ainda não está pacificada no sistema constitucional.

Além disso, impedir que lei futura positive entendimento minoritário da Corte é desconsiderar o próprio papel que os juízes constitucionais atribuem aos votos divergentes nos modelos que permitem a sua publicização⁹⁵. Conforme aponta recente pesquisa de Virgílio Afonso da Silva, um dos argumentos mais utilizados pelos juízes constitucionais para defender o modelo decisional que permite a publicação das opiniões divergentes é o de que a corrente minoritária de hoje pode ser a decisão da Corte no futuro⁹⁶. Dessa forma, impedir que o legislador se alie à corrente minoritária e a subscreva em uma lei futura contraria a própria razão de existir dos votos divergentes.

Outro problema decorrente da supremacia judicial diz respeito ao controle institucional do Judiciário, uma vez que ao se reconhecer que a última palavra sobre a Constituição é seara exclusiva do Judiciário, impossibilita-se que os demais poderes exerçam

⁹⁴ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 369.

⁹⁵ Cabe ressaltar que essa deficiência só se visualiza nas Cortes constitucionais que autorizam a publicação dos votos divergentes junto ao voto majoritário da Corte como ocorre nos Estados Unidos e no Brasil. Na Corte constitucional italiana, por exemplo, em que só há a publicação do voto majoritário da Corte, essa problemática não existe.

⁹⁶ SILVA, Virgílio Afonso. De quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, p. 205-225, 2016. p. 206

um controle efetivo sobre os atos judiciais. Por exemplo, na hipótese de um dos poderes representativos denunciar que a Corte constitucional ultrapassou os limites impostos pela Constituição, a instância competente para elidir o conflito entre os poderes será a própria Corte constitucional.

Isso acaba por conferir uma isenção de responsabilidade ao Judiciário⁹⁷, em especial às Cortes constitucionais, pois dificilmente o controle exercido pelos demais poderes terá algum efeito prático. Sem um mecanismo efetivo que possa desafiar as decisões judiciais, a Suprema Corte deixa de se preocupar com a constitucionalidade dos seus próprios atos e o legislador, ao notar a impossibilidade de fiscalizar a Corte, vê-se desestimulado a exercer qualquer tipo de vigilância por meio do debate constitucional⁹⁸. Disso decorre também o problema relativo à legitimidade democrática da Corte, pois a impossibilidade dos departamentos eleitoralmente responsáveis exercerem algum tipo de controle sobre a atuação da Corte, exclui, também, por via reflexa, a possibilidade do povo fiscalizar os atos dos juízes da Corte⁹⁹. Explica-se: se os poderes representativos tivessem meios institucionais que os permitissem fiscalizar os atos da Corte constitucional, a sociedade, uma vez insatisfeita com uma decisão judicial, poderia pressionar os seus representantes para que eles respondessem a decisão judicial insatisfatória.

Sublinhe-se, por fim, que a decisão de *City of Boerne v. Flores* demonstra a falha do argumento de que o Judiciário teria uma melhor capacidade para interpretar a Constituição e tutelar os direitos. Não há nenhuma garantia *a priori* de que a interpretação do Judiciário será mais benéfica aos direitos fundamentais do que a empregada pelo legislador¹⁰⁰. Os tribunais constitucionais podem tanto privilegiar a tutela dos direitos, como fez a Suprema Corte nos julgamentos de *Brown v. Board of Education*¹⁰¹ e *Roe v. Wade*¹⁰², quanto pode relativizá-los, como fez em *City of Boerne v. Flores* e na Era *Lochner*.

Na primeira hipótese, a atuação das cortes é normalmente elogiada, servindo de fundamento para a defesa da supremacia judicial na interpretação constitucional. O problema

⁹⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 267 f. Tese de Doutorado em Ciência Política – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008. p. 230.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 232.

⁹⁹ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. In: **Brooklyn Law Review**. New York: New York University School of Law, 2006. p. 11.

¹⁰⁰ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 38.

¹⁰¹ 347 U.S. 483 (1954).

¹⁰² 410 U.S. 113 (1973).

reside na segunda hipótese em que o Judiciário emprega uma interpretação restritiva de um direito ou garantia constitucional. Sob a vigência do modelo de supremacia judicial, os únicos caminhos para superar essa interpretação falha é aprovar uma emenda constitucional¹⁰³ ou aguardar que a própria Corte altere o seu entendimento. Com isso, o campo de atuação do legislador fica limitado pela deliberação de juízes e o sistema democrático perde, em boa medida, a sua capacidade de autocorreção, cristalizando decisões equivocadas da Corte, ou que, apesar de certas no momento da prolação, tornaram-se obsoletas¹⁰⁴.

Em suma, em um sistema político que adota a supremacia judicial, o juiz constitucional, a pretexto de interpretar a Constituição, atua como poder constituinte, fazendo com que a regra geral extraível da sua decisão passe a integrar o bloco de constitucionalidade, servindo de parâmetro para aferir a constitucionalidade das decisões políticas futuras¹⁰⁵. Consequentemente, a Corte constitucional não se encontra mais adstrita à Constituição, pois a sua competência passa a ser definida por ele próprio mediante a interpretação constitucional¹⁰⁶. Constitui hipótese em que um poder constituído foge do quadro constitucional criado pelo poder constituinte, atuando de forma livre e desvinculada dos limites impostos pela Constituição.¹⁰⁷

As problemáticas decorrentes da incorporação da supremacia judicial são potencializadas quando combinado com o fenômeno da judicialização da política. Nos sistemas políticos onde se observa a ocorrência deste último fenômeno, os tribunais constitucionais e os juízes tornam-se a arena decisória de questões políticas que anteriormente eram reguladas pelo Legislativo. Em outras palavras, quando supremacia judicial e judicialização da política se fazem presentes em um mesmo sistema político, todas as questões constitucionais, inclusive

¹⁰³ Mesmo a hipótese de reversão das decisões judiciais por emenda à Constituição encontra barreiras em determinados sistemas políticos. Nos EUA, por exemplo, a aprovação de uma emenda é tarefa hercúlea, haja vista a necessidade de todos os Estados da federação terem que aprová-la. No Brasil, por sua vez, as emendas à Constituição podem ser objeto de controle judicial de constitucional tendo como parâmetro as cláusulas constitucionais pétreas.

¹⁰⁴ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 369.

¹⁰⁵ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. Op. Cit., p. 28.

¹⁰⁶ MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na sociedade** orfã. Trad: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Disponível em: <http://novosestudios.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627_judiciario_como_superego.pdf>. Acesso em 12 de ago. 2016. p. 191.

¹⁰⁷ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional*. 6ª edição, revista. Coimbra: Editora Livraria Almedina, 1993. p. 63. O professor português apresenta em sua obra a distinção realizada por Sieyès entre poder constituinte e poder constituído. Os poderes constituídos são aqueles que se movem dentro do quadro constitucional criado pelo poder constituinte.

aquelas atinentes a políticas públicas, serão decididas, de forma definitiva, pela Corte constitucional.

Feita essa análise sobre os fundamentos que levaram a adoção da supremacia judicial nos Estados Unidos e as problemáticas que dela decorrem, cabe agora trazer esse debate para a realidade brasileira. Assim, buscar-se-á identificar o papel que a Constituição Federal de 1988 reservou ao Judiciário. Para isso, é imprescindível a análise do fenômeno da judicialização da política e dos elementos presentes no regime constitucional pós-88 que podem favorecer o seu surgimento. Na sequência, passar-se-á ao exame da atuação do Supremo Tribunal Federal a fim de verificar se o Tribunal, assim como a Suprema Corte estadunidense, tem acolhido o signo da supremacia judicial. Com isso, o terreno ficará preparado para a terceira parte deste trabalho em que se apresentará a doutrina dos diálogos constitucionais como uma alternativa viável à supremacia judicial.

3. O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NOS SISTEMAS POLÍTICOS CONTEMPORÂNEOS

3.1 A Expansão do Poder Judiciário nos Sistemas Políticos Contemporâneos

Desde o final da segunda guerra mundial, tem-se observado um movimento de irradiação do constitucionalismo e dos modelos de jurisdição constitucional para a maior parte dos sistemas políticos ocidentais. O controle judicial de constitucionalidade que, até metade do século XX, era quase que um instituto exclusivo do regime constitucional estadunidense, expandiu-se após a segunda grande guerra para 158 (cento e cinquenta e oito) dos 191 (cento e noventa e um) sistemas constitucionais contemporâneos¹⁰⁸. Ran Hirschl¹⁰⁹ explica esse processo de universalização do constitucionalismo e dos instrumentos de jurisdição constitucional por meio de seis cenários diferentes de constitucionalização nacional.

O primeiro cenário – intitulado pelo autor de “*reconstruction wave*” – refere-se à incorporação de mecanismos de controle jurisdicional de constitucionalidade nos países participantes da segunda guerra mundial e que passaram por um processo de reconstrução democrática. A revisão constitucional promovida no Japão em 1946; a implementação de uma nova ordem constitucional na Itália em 1948, com a subsequente instauração da Corte Constitucional italiana em 1956; a adoção da Lei Fundamental na Alemanha e a instalação do Tribunal Constitucional alemão em 1949 são exemplos desse cenário¹¹⁰. O segundo momento de irradiação do constitucionalismo¹¹¹ se deu, segundo Hirschl, nas declarações de independência das ex-colônias asiáticas e africanas. Países como Gana (1957) e Nigéria (1959) positivaram cartas de direitos, ao passo que a Índia, além de elaborar uma Constituição, ainda estabeleceu uma Suprema Corte em 1950¹¹².

Um terceiro cenário¹¹³ apontado pelo professor da Universidade de Toronto diz respeito ao processo de transição de regimes autoritários para regimes democráticos constitucionais pelo qual passaram países europeus como a Espanha (1987) e Portugal (1975),

¹⁰⁸ GINSBURG, Tom. The Global Spread of Constitutional Review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, Daniel; CALDEIRA, Gregory. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press, p. 81. Disponível em: < http://www.lexglobal.org/files/044_global_spread_of_constitutional_review_published.pdf> Acesso em: 10 de nov. de 2016.

¹⁰⁹ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Harvard: Harvard University Press, 2004. p. 7-8.

¹¹⁰ Ibid., p. 7.

¹¹¹ Intitulado “The independence scenario”.

¹¹² Ibid., p. 7.

¹¹³ Chamado de “The single transition scenario”.

latino-americanos como o Brasil (1988), Colômbia (1991) e Peru (1975), e africanos, no qual o maior exemplo é a África do Sul (1993)¹¹⁴. Todos estes países adotaram uma Constituição abrangente e instauraram uma Corte constitucional responsável por exercer o controle judicial de constitucionalidade. No caso do país sul-africano, há uma peculiaridade, pois foi adotada uma Carta de Direitos provisória em 1993 até que a assembleia constituinte elaborasse uma nova Constituição. Todavia, a Corte constitucional sul-africana, instaurada no país em 1995, rejeitou o primeiro projeto de Constituição aprovado pela assembleia¹¹⁵. Assim, um novo projeto foi elaborado, o qual veio a se tornar, em 1996, a Constituição da África do Sul.

O quarto cenário apresentado por Ran Hirschl, o qual o autor chamou de “*dual transition*”, engloba os países que compunham a ex-URSS ou faziam parte da sua zona de influência e que, após o desfazimento do país soviético, incorporaram Carta de Direitos e modelos de jurisdição constitucional aos seus sistemas políticos, além de terem adotado a economia de mercado¹¹⁶. Os exemplos mais significativos deste cenário são o estabelecimento do Tribunal Constitucional polonês em 1986, da Corte Constitucional russa em 1991, e a incorporação do *judicial review* na República Tcheca em 1993¹¹⁷. Hirschl ainda elenca um quinto cenário de expansão do constitucionalismo e da jurisdição constitucional visualizado em países como Dinamarca (1993), Suécia (1995) e Grã-Bretanha (1998)¹¹⁸ que, em decorrência da incorporação de tratados internacionais de direitos humanos aos seus sistemas jurídicos domésticos, implantaram mecanismo judiciais de proteção dos direitos consagrados nestes tratados.

Finalmente, o último cenário elencado por Hirschl – intitulado “*no apparent transition*” – corresponde às reformas constitucionais realizadas sem que houvesse uma mudança política ou econômica que as acompanhassem¹¹⁹. O constitucionalista aponta como exemplos desse cenário o estabelecimento de mecanismos de controle judicial de

¹¹⁴ HIRSCHL. Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Harvard: Harvard University Press, 2004. p. 8.

¹¹⁵ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Trad: Diego Werneck Arguelles e Pedro Jimenez Cantisano. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 251, 2009. p. 152.

¹¹⁶ HIRSCHL. Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Harvard: Harvard University Press, 2004. p. 8.

¹¹⁷ Ibid., p. 8.

¹¹⁸ Para compreender melhor o processo de incorporação do UK Human Rights Act na Grã-Bretanha ver: KAVANAGH, Aileen. What's so Weak about 'Weak-Form Review'? The Case of the UK Human Rights Act 1998. In: Legal Research Paper Series. Oxford. University of Oxford, 2015. Disponível em: <<file:///C:/Users/Paulo%20Fernandes/Downloads/Kavanagh%20-%20whats%20weak%20about%20weak%20judicial%20review.pdf>> Acesso em: 10 de nov. de 2016.

¹¹⁹ HIRSCHL. Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Harvard: Harvard University Press, 2004. p. 8.

constitucionalidade no México (1994), a promulgação da Carta de Direitos neozelandesa (1990), a adoção de duas leis fundamentais em Israel e a incorporação da Carta de Direitos e Liberdade no Canadá (1982)¹²⁰. Nesse cenário de globalização do constitucionalismo e dos mecanismos judiciais de aferição da constitucionalidade dos atos normativos, o Judiciário, e em especial as Cortes constitucionais, foram, paulatinamente, expandindo o seu âmbito de atuação e apreciando questões que anteriormente eram compreendidas como objeto de deliberação do Parlamento, o que fez com que o Judiciário assumisse um papel institucional mais vistoso dentro dos sistemas políticos contemporâneos.

O estudo de Tate e Vallinder¹²¹ é um marco teórico importante por ter sido o primeiro a mapear a expansão global do Poder Judiciário nos sistemas políticos contemporâneos e demonstrar que esse movimento não se resume apenas à irradiação do constitucionalismo e da jurisdição constitucional. De acordo com autores, a ampliação do papel institucional dos órgãos judiciais engloba também o fenômeno da judicialização da política, assim compreendido por eles como sendo o *“processo pelo qual as Cortes e os juízes passam a dominar progressivamente a produção de políticas públicas e de normas que antes vinham sendo decididas por outros departamentos estatais, especialmente o Legislativo e o Executivo”*¹²².

No plano nacional, Luís Roberto Barroso define judicialização da política como sendo a transferência de poder para instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas, fazendo com que questões relevantes do ponto de vista político, moral ou social sejam decididas pelo Poder Judiciário¹²³. Trata-se, portanto, da transferência da arena decisória das questões de alta conotação política dos legisladores e Parlamentos para os juízes e Cortes constitucionais.

Ran Hirschl compreende que o conceito de Tate e Vallinder da judicialização da política - limitado à elaboração de políticas públicas por juízes – não consegue mais explicar as novas proporções que o fenômeno tomou nos últimos anos¹²⁴. De acordo com o autor, atualmente, a judicialização da política tem-se mostrado um fenômeno multifacetado, caracterizado pela transferência massiva, para os tribunais, das controvérsias políticas mais

¹²⁰ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Harvard: Harvard University Press, 2004. p. 8.

¹²¹ TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York. New York University Press, 1995. p. 28.

¹²² TATE, C. Neal. “Why the Expansion of Judicial Power”. In: TATE, C Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York. New York University Press, 1995. p. 28.

¹²³ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial. In: BARROSO, Luis Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2013. p. 241.

¹²⁴ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Trad: Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 251, 2009. p. 140.

centrais e polêmicas visualizadas nos regimes democráticos¹²⁵. Nesse sentido, Hirschl considera que a atual faceta do fenômeno da judicialização da política engloba – além da transferência ao Judiciário de temas relativos às políticas públicas – uma categoria intitulada pelo autor de judicialização da política pura, assim compreendida como sendo “*a transferência, para os tribunais, de assuntos cujo a natureza e significado são claramente políticos, incluindo importantes debates sobre a legitimidade de regimes e identidades coletivas que definem comunidades inteiras*”¹²⁶.

Essa nova categoria do fenômeno da judicialização seria composta por cinco hipóteses gerais de avanço do Judiciário sobre temas do Legislativo: (i) a transferência de competências tradicionais dos Poderes Legislativos e Executivo para o Judiciário como as relativas às relações internacionais e à política fiscal; (ii) a corroboração judicial de mudanças de regime; (iii) a fiscalização do processo democrático; (iv) a apreciação judicial de temas atinentes à justiça restaurativa; (v) a judicialização de questões relativas a conflitos étnicos, linguísticos e religiosos que são inerentes à política¹²⁷. Como exemplo da primeira dimensão, Hirschl aponta o caso em que a Suprema Corte russa aceitou apreciar a constitucionalidade do decreto presidencial que determinou a intervenção militar na Chechênia (1952), ou o episódio em que a Suprema Corte israelense se julgou competente para apreciar a validade da construção de um muro entre os territórios israelense e palestino¹²⁸.

Entre os exemplos da segunda dimensão, o constitucionalista relembra a rejeição do projeto de Constituição da África do Sul pela Suprema Corte sul-africana, a recondução ao poder, realizada pela Suprema Corte da Coreia do Sul, do presidente sul-coreano Roh Moo-Hyun, que havia sofrido impeachment pela Assembleia Nacional sul-coreana, e a restauração da Constituição de Fiji de 1997, promovida pela Corte de Apelações daquele país¹²⁹.

A hipótese de judicialização por meio da fiscalização do processo democrático não engloba apenas casos relativos à supervisão judicial dos aspectos procedimentais do processo eleitoral, mas também questões atinentes ao funcionamento dos partidos, ao financiamento

¹²⁵ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Trad: Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 251, 2009. 140.

¹²⁶ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Trad: Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 251, 2009. p. 141.

¹²⁷ Ibid., p. 146.

¹²⁸ Israeli West Bank barrir, 2004.

¹²⁹ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Trad: Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 251, 2009. p. 152.

eleitoral e, principalmente, à definição do resultado final das eleições, como se deu nas eleições de George W. Bush, nos EUA em 2000, e de Felipe Calderón, no México em 2006¹³⁰.

Hirschl ainda aponta um forte movimento de judicialização das questões ligada à justiça restaurativa. São exemplos dessa hipótese o caso em que a Suprema Corte da África do Sul julgou constitucional a anistia para aqueles que confessassem crimes cometidos durante o *apartheid*¹³¹, o julgamento pelos Cortes constitucionais das ex-repúblicas soviéticas dos antigos oficiais do regime comunistas por violações aos direitos humanos, e o reconhecimento, pelos órgãos judiciais da Austrália, Nova Zelândia e Canadá, dos direitos das populações nativas¹³². Por fim, a quinta subcategoria da judicialização da megapolítica é vista por Hirschl como a mais problemática de todas, pois leva para a apreciação dos tribunais, controvérsias relativas a dilemas morais e sociais que normalmente são objeto de um grande dissenso na sociedade¹³³.

O autor cita como exemplos dessa subcategoria a histórica decisão da Suprema Corte canadense sobre a possibilidade da Secessão de Quebec – consistindo no primeiro caso em que uma Corte constitucional analisou previamente a possibilidade jurídica de dissolução do próprio regime democrático do qual faz parte –, a resolução, pela Suprema Corte israelense da questão “quem é judeu”, ao decidir que qualquer pessoa convertida ao judaísmo fora de Israel, independentemente de ter sido convertida pela corrente ortodoxa, conservadora ou reformista, teria acesso a todos os direitos dos imigrantes judeus¹³⁴; além da decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão que analisou qual deveria ser o *status* da Alemanha unificada perante à ordem supraconstitucional europeia instituída pela Tratado de Maastrich de 1992¹³⁵-¹³⁶.

Todos os casos apresentados são suficientes para demonstrar que a transferência para o Judiciário das questões políticas, sociais e morais é uma realidade em boa parte dos países ao redor do mundo. Há uma crescente deferência legislativa ao Judiciário, acompanhada de uma crescente confiança na capacidade dos meios judiciais para resolver controvérsias morais e

¹³⁰ BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 263, p. 175-220, 2013. p. 178.

¹³¹ Azanian Peoples' Organization (“Azapo”) v. President of the Republic of S. Afr. 1996 (4) SA 672 (CC).

¹³² BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 263, p. 175-220, 2013. p. 179.

¹³³ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Trad: Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 251, 2009. p. 155.

¹³⁴ HCJ 264/87 Sepharadi Torah Guardians-Shas Movement v. Population Registrar.

¹³⁵ Maastricht Case, 1993.

¹³⁶ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Trad: Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 251, 2009. p. 156 – 164.

questões políticas altamente controversas, o que tem levado as Cortes constitucionais a se tornarem as instituições políticas mais importantes dos sistemas constitucionais contemporâneos¹³⁷.

As tentativas de compreender as razões do surgimento desse fenômeno sempre encontraram dificuldades em razão das diferenças institucionais, políticas e culturais existentes entre os países onde o fenômeno se manifestou. De toda sorte, duas correntes teóricas mais clássicas despontaram como padrões para compreender a judicialização da política: (i) a conceitualista e (ii) a funcionalista. As teorias conceitualistas defendem que a expansão do Judiciário é uma consequência da positivação de direitos fundamentais nas Constituições nacionais e nos tratados internacionais desde o fim da Segunda Guerra Mundial¹³⁸. Por sua vez, as teorias funcionalistas apontam que a judicialização é fruto da ampla descentralização do poder visualizada nos sistemas políticos atuais que adotam o federalismo como forma de Estado e mecanismos mais rígidos de separação de poderes, como o presidencialismo. Partem do pressuposto de que quanto maior a fragmentação do poder político nos Estados, maior será o número de embates institucionais instaurados entre estes diferentes polos de poder, os quais serão solucionados, ao final, pelo Judiciário¹³⁹.

Mais recentemente, alguns autores como Tom Ginsburg e Ran Hirschl elaboraram teorias que fogem da dicotomia conceitualista/funcionalista para explicar as razões que levam ao surgimento do fenômeno da judicialização da política. Tom Ginsburg, por exemplo, tem entendido que a expansão do Judiciário nos sistemas políticos contemporâneos decorre do receio que os grupos políticos dominantes possuem em perder as eleições futuras¹⁴⁰. Assim, para minimizar os efeitos de uma possível derrota eleitoral, os grupos políticos dominantes decidem limitar o âmbito de atuação política majoritária, inserindo nos textos constitucionais, temas políticos de seu interesse e colocando-os sob a proteção de juízes munidos com instrumentos de controle de constitucionalidade¹⁴¹.

¹³⁷ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Trad: Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 251, 2009. p. 163.

¹³⁸ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 110.

¹³⁹ ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitucionalismo. Yale Law School Occasional Papers, Second Series, Number 3, Connecticut, 1997. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1128&context=fss_papers. Acesso em: 12 de ago. de 2016.

¹⁴⁰ GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases**. USA: Cambridge University Press, 2003. p. 21-25.

¹⁴¹ Ibid., p. 31-33.

Ran Hirschl segue a mesma linha, ao defender que a expansão global do Poder Judiciário decorre da atuação coordenada das elites políticas, econômicas e judiciais que buscam evitar a ascensão política de grupos historicamente discriminados na sociedade. Dessa forma, para garantir a manutenção do *status quo*, as elites políticas e econômicas decidem transferir temas de seus interesses da esfera do Parlamento para o âmbito de atuação do Judiciário por meio da ampliação das competências deste último¹⁴². Fica evidente que a existência de vários grupos políticos competindo para a vitória eleitoral - fato que provoca um alto grau de incerteza eleitoral - estimula as elites políticas a optarem por um constitucionalismo abrangente e instituírem uma Corte constitucional com amplo rol de competências.

Todas essas teorias trazem elementos que fomentam o surgimento da judicialização da política nos sistemas constitucionais contemporâneos. Esses elementos não são excludentes, pelo contrário, a sua soma fortalece as possibilidades de o fenômeno da judicialização da política ganhar corpo nos sistemas políticos¹⁴³. Conclui-se que a transferência de poder ao Judiciário não é fruto de um processo isolado, mas decorre de uma soma de fatores que estimula os atores políticos e sociais à levarem a decisão do Parlamento da qual discordam para a apreciação dos órgãos judiciais.

A compreensão da judicialização da política é requisito essencial para qualquer estudo que pretende avaliar o papel que os órgãos judiciais devem exercer nos sistemas políticos e as consequências de suas atuações. Por essa razão, na sequência, voltar-se-á as atenções para o sistema político brasileiro, com o intuito de se verificar se o regime constitucional de 1988 reúne os fatores necessários para o surgimento da judicialização da política. Com isso, ter-se-á condições de analisar os problemas que o modelo de supremacia judicial pode causar no Brasil.

3.2. O Judiciário e o Regime Constitucional de 1988

Antes da promulgação da Constituição de 1988, o Judiciário brasileiro nunca exerceu um papel preponderante dentro do sistema político nacional. Embora todas as Constituições brasileiras, posteriores à proclamação da República, tenham elencado o Judiciário como poder

¹⁴² HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Harvard: Harvard University Press, 2004. p. 11-13.

¹⁴³ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 115.

autônomo e competente para o exercício do controle de constitucionalidade das leis – na modalidade difusa – a realidade visualizada nos diferentes regimes constitucionais brasileiros era a de um poder submisso às forças institucionais do Executivo ou do Exército.

Uma série de razões explica essa fragilidade institucional do Judiciário, mas duas delas parecem ser as mais relevantes. Tanto nos períodos autoritários (1930 a 1945 e 1964 a 1988) quanto nos períodos democráticos (1981 a 1990 e 1946 a 1964) a supremacia da constituição sobre os atos dos demais poderes era constantemente desrespeitada. Daniel Sarmento aponta que “*a maior parte das constituições que tivemos não logrou limitar de forma eficaz a ação dos governantes em favor dos direitos dos governados*”¹⁴⁴.

Não havia, de fato, um respeito por parte dos poderes políticos à força normativa da constituição e aos limites impostos por ela. Imperava a noção de que a constituição era apenas um instrumento político, despida de eficácia jurídica. Tal compreensão impossibilitava que o Judiciário aplicasse os dispositivos constitucionais diretamente aos casos concretos ou os utilizasse como parâmetro de verificação de validade de leis. As tentativas do Judiciário em fazer valer o texto constitucional eram, em regra, ignoradas ou motivavam duras reações contra os órgãos judiciais, em especial contra o Supremo Tribunal Federal ¹⁴⁵.

As barreiras políticas impostas pelas elites políticas e/ou econômicas do país também impediam que o Judiciário proferisse decisões, efetivamente, contra majoritárias¹⁴⁶. As garantias do Estado do Direito só eram reconhecidas a parcela da sociedade que não defendia doutrinas consideradas subversivas e que tinha condições financeiras para custear as despesas processuais¹⁴⁷. Diante disso, e em razão da limitação dos efeitos subjetivos das decisões proferidas no controle incidental de constitucionalidade, a grande maioria da população brasileira, composta por operários e trabalhadores rurais que não tinham condições de recorrer ao Judiciário para verem tutelados os seus direitos, ficava à margem do Estado de Direito,

Percebe-se que o papel reservado ao Judiciário nos regimes constitucionais anteriores ao de 1988 era de mero coadjuvante, sempre submetido aos ditames dos detentores dos poderes

¹⁴⁴ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª ed., 2ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 97.

¹⁴⁵ Como exemplo dessa realidade tem-se as nomeações de médicos e militares para o Supremo Tribunal Federal promovidas por Floriano Peixoto e a cassação realizada pelo AI-5 dos Ministros Hermes Lima, Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva.

¹⁴⁶ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 171.

¹⁴⁷ Ibid., p. 171.

políticos que ameaçavam, frequentemente, a sua independência. Esse panorama de fragilidade do Judiciário foi alterado com a chegada da Constituição de 1988 e o início do período democrático mais longo da história constitucional brasileira.

As constituições, em geral, buscam demarcar as diferenças entre o regime deposto e aquele que se inicia¹⁴⁸. Assim se deu com a Constituição de 1988, símbolo da transição do Estado autoritário - que se guiava pela legalidade paralela dos atos institucionais e por reiteradas violações aos direitos fundamentais - para um Estado Democrático de Direito, fundado na consolidação da separação dos poderes, na democracia e nos direitos fundamentais¹⁴⁹. Os constituintes, marcados pelos vinte e quatro anos de ingerência do Executivo ditatorial, decidiram fortalecer tanto o Legislativo como o Judiciário com o objetivo de evitar que houvesse novamente uma sobreposição de um poder sobre o outro¹⁵⁰. No que concerne ao Legislativo, o constituinte reduziu as hipóteses de iniciativa legislativa privativa do Chefe do Executivo, diminuiu o quórum exigido para derrubada do veto e ampliou os poderes de emenda parlamentar às leis¹⁵¹. Além disso, fortaleceu as funções fiscalizatórias do Legislativo e robusteceu as prerrogativas e imunidades parlamentares.

Quanto ao Judiciário, a Constituição reforçou sua autonomia administrativa e financeira e ampliou o sistema de controle judicial de constitucionalidade. Assim, sob o novo regime constitucional, os poderes passaram a atuar de forma mais independente, sem a ingerência constante de um poder sobre o outro e sem a interferência das forças paramilitares. Com isso, pela primeira vez na história, abriu-se espaço para que o Supremo Tribunal Federal explorasse os poderes constitucionais que o novo regime lhe concedeu e assumisse um papel institucional preponderante que sempre lhe foi negado.

Oscar Vilhena Vieira aponta que a partir da Constituição de 1988, o Supremo deslocou-se, paulatinamente, para o centro do arranjo institucional brasileiro¹⁵². Prova disso é que o Tribunal tem se manifestado, cada vez mais, sobre controvérsias econômicas, morais, políticas e sociais, o que tem despertado a atenção da mídia e da sociedade para as suas decisões. Com efeito, o Tribunal, sob a vigência da Constituição de 1988, examinou temas que eram

¹⁴⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008. p. 444.

¹⁴⁹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 172.

¹⁵⁰ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 174.

¹⁵¹ Ibid., p. 175.

¹⁵² VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008. p. 445.

inicialmente de competência do Executivo e do Legislativo (extradição de Cesare Battisti e o cálculo das dívidas dos Estados), definiu as regras aplicáveis a dois processos de impeachment (Presidentes Fernando Collor e Dilma Rousseff), apreciou questões controversas sobre o regime político-partidário brasileiro (infidelidade partidária e financiamento privado de campanhas políticas), analisou temas atinentes à justiça restaurativa (constitucionalidade da lei da anistia e demarcação da reserva Raposa Serra do Sol), e, constantemente, soluciona controvérsias decorrentes de dilemas morais, sociais e religiosos (lei da biossegurança, aborto dos fetos anencefálicos, e reconhecimento da tutela constitucional das uniões homoafetivas).

Esses casos são suficientes para demonstrar que há, efetivamente, no Brasil um processo de judicialização da política pura na forma defendida por Hirschl, caracterizado pelo deslocamento de temas eminentemente políticos da esfera decisória do Legislativo para o âmbito de atuação do Judiciário. Só que esse fenômeno não se dá por livre vontade dos juízes e tribunais. Ele é resultado dos fatores políticos e institucionais que a Constituição de 1988 incorporou ao sistema político brasileiro. Rodrigo Brandão ressalta que o elemento essencial para o surgimento da judicialização da política é a afirmação da democracia no país¹⁵³. Nesse sentido, o autor aponta que quanto maior o grau de fragmentação política dentro do sistema democrático, maior será o número de conflitos instaurados entre os grupos políticos, o que favorece a ampliação da atuação do Judiciário, pois esses conflitos, na sua grande maioria, serão levados para a apreciação dos órgãos judiciais¹⁵⁴.

Em contrapartida, nos sistemas democráticos onde há uma centralização do poder estatal nas mãos de apenas um grupo político, a tendência é que haja poucos embates entre facções políticas no Estado e o Judiciário não seja tão acionado¹⁵⁵. Desse modo, quanto maior o pluralismo político observado em um sistema democrático, maiores serão as chances de o Judiciário ter que enfrentar dissídios políticos instaurados entre os blocos partidários. Marc Galanter ressalta que o protagonismo político do Judiciário é resultado da disposição dos atores políticos em se envolverem estrategicamente no jogo do direito, para que seja possível discutir, novamente, questões políticas já apreciadas pelo Parlamento¹⁵⁶.

¹⁵³ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 173.

¹⁵⁴ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Harvard: Harvard University Press, 2004. p. 42.

¹⁵⁵ Ibid., p. 43.

¹⁵⁶ GALANTER, Marc. Direito em abundância: a atividade legislativa no Atlântico Norte. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. N. 36, p 103-145, fev. 1993. p. 125-126.

A Constituição de 1988 arquitetou um arranjo institucional fundado no sistema de governo presidencialista e no sistema eleitoral proporcional com lista aberta para os Legislativos federal, estadual e municipal¹⁵⁷. Tais elementos tendem a fomentar, respectivamente, uma maior fragmentação do poder político e um aumento do pluralismo político, o que aumenta as chances de haver conflitos políticos e institucionais¹⁵⁸.

Nos sistemas de governo presidencialista, embora haja uma separação de atribuições entre Legislativo e Executivo, é comum que se instalem conflitos institucionais entre os poderes, especialmente se a base de apoio parlamentar do chefe do Executivo for frágil e infiel. No caso brasileiro, o sistema de presidencialismo de coalizão aliado à profunda fragmentação partidária tem fomentado embates entre Legislativo e Executivo que, ao final, são decididos pelo Supremo Tribunal Federal¹⁵⁹. A fragmentação partidária observada no Brasil não encontra precedente em nenhuma outra democracia no mundo. Atualmente, vinte e sete partidos possuem representação no Congresso Nacional, fato que evidencia a dificuldade em se construir uma base de coalizão partidária forte e sólida¹⁶⁰. Diante desse cenário, é inevitável que surjam embates políticos entre governo e oposição que desaguaram em uma lide constitucional.

Para ilustrar essa tendência, uma pesquisa coordenada pelo Professor Carlos Ari Sundfeld verificou que, das 831 ações do controle concentrado de constitucionalidade propostas até 2010 que questionam a constitucionalidade de atos do Poder Executivo, 40% delas foram propostas por partidos políticos¹⁶¹. Isso demonstra que os partidos políticos brasileiros estão dispostos a levar questões políticas controversas para a apreciação do Supremo Tribunal Federal, transformando-o em uma segunda arena de deliberação política. Portanto, o pluralismo

¹⁵⁷ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 173.

¹⁵⁸ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 173.

¹⁵⁹ Fernando Limongi, em profundo estudo sobre a prática do presidencialismo de coalizão no Brasil até a primeiro Governo Lula, demonstra que o Executivo brasileiro aprova a maior parte dos seus projetos encaminhados ao Legislativo. O Governo Collor, o único presidente dentro do período analisado a formar uma base minoritária de apoio parlamentar, obteve um índice alto de aprovação de 65% dos projetos que submeteu ao Congresso. Embora a base parlamentar do governo seja normalmente extensa o suficiente para aprovar os projetos da presidência, a sua composição altera-se facilmente durante os mandatos presidenciais, o que aumenta a chance de haver conflitos entre Legislativo e Executivo. Para ver mais: LIMONGI, Fernando. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. In: **Revista Novos Estados**, v. 76, novembro de 2006.

¹⁶⁰ Informação extraída dos sítios: < <http://www.camara.leg.br/Internet/Deputado/bancada.asp> > e < <http://www.senado.leg.br/senadores/senadoresPorPartido.asp> >. Acesso em: 18 de out. de 2016.

¹⁶¹ SUNDFELD, Carlos Ari; VOJVODIC, Adriana; CARDOSO, Evorah. **Controle de Constitucionalidade dos Atos do do Poder Executivo. Série Pensando o Direito, nº 30/2010**. Brasília. Secretária de Assunto Legislativos do Ministério da Justiça, 2010.

político aliado à fragmentação do poder estatal são condições visualizadas no regime constitucional brasileiro e que acabam por fomentar a judicialização da política.

Para além dos fatores políticos, algumas características institucionais da Constituição de 1988 parecem também promover a transferência de temas políticos do Legislativo para o Judiciário. Torbjörn Vallinder assevera que quanto maior a carta de direitos e o rol de garantias positivadas no sistema jurídico interno, maiores são as chances de haver uma transferência do poder decisório ao Judiciário¹⁶². Diante disso, pode-se dizer com total tranquilidade que a Constituição de 1988 contribuiu para a expansão do Judiciário haja vista que o seu texto contém o mais generoso catálogo de direitos da história constitucional brasileira. Além de positivar com igual ênfase direitos de primeira, segunda e terceira dimensão- sejam direitos a prestações estatais negativas ou positivas - o texto constitucional erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República brasileira, atribui eficácia imediata e *status* de cláusulas pétreas a todos os direitos fundamentais, e elevou os tratados internacionais sobre direitos humanos à categoria de normas constitucionais¹⁶³¹⁶⁴.

A incorporação de uma cultura de direitos fundamentais, conforme ocorreu Brasil, transmuta a finalidade da atuação dos poderes. Isso porque os direitos fundamentais, em virtude da sua eficácia horizontal e vertical, tornam-se o fundamento do sistema constitucional e a razão de existir das instituições democráticas. Dessa forma, a atuação dos poderes deve sempre visar, como fim maior, a concretização dos direitos fundamentais. Quando os poderes representativos não logram êxito na tarefa de efetivar os direitos fundamentais, os titulares, para verem sanada a omissão, podem acionar o Judiciário para que ele trate de garantir a efetividade dos seus direitos. Um exemplo atual dessa situação é a crescente judicialização do direito à saúde e dos pedidos de fornecimento gratuito de medicamentos¹⁶⁵.

¹⁶² VALLINDER, Torbjörn. When the Courts go Marching in. In: In: TATE, C, Neal; TORBJÖRN, Vallinder. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

¹⁶³ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 177.

¹⁶⁴ Não se desconhece o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal que concede aos tratados internacionais de direitos humanos o status de norma suprallegal. Todavia, este trabalho adota como premissa correta o entendimento da corrente doutrinária majoritária que entende que o art. 5, § 2º, da Constituição Federal reveste os tratados internacionais de direitos humanos com a roupagem de direito fundamental. Para ver mais: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos, vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris**, 1997. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis**, 3 edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁶⁵ Sobre o assunto: BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito Social**, v. 34, p. 11-43, 2009.

O rol de legitimados para acionar o controle jurisdicional de constitucionalidade é outro fator institucional que fomenta a judicialização da política¹⁶⁶. Os atores políticos, em especial as entidades da sociedade civil e as minorias parlamentares, tendem a levar temas que são do seu interesse e que não foram atendidos no processo legislativo, para a apreciação dos juízes constitucionais, em uma tentativa de reverter a decisão legislativa. Nesse sentido é o entendimento de Ernani Rodrigues de Carvalho ao dispor que:

*“A judicialização da política é um processo que se alimenta de interesses econômicos e sociais centrais, que por sua vez estruturam o sistema político. De fato, o desenvolvimento e a expansão dos direitos em geral, até mesmo dos direitos políticos, foram mais propriamente obra das pressões e lutas das organizações sociais, sejam elas movimentos sociais ou grupos de interesse, do que obra de atores altruístas. Portanto, os grupos de interesse passam a considerar e/ou utilizar a possibilidade de veto dos tribunais para a realização de seus objetivos”*¹⁶⁷.

A Constituição de 1988, além de manter o modelo misto que alia o controle incidental e difuso com a modalidade concentrada e abstrata, ampliou, significativamente, o rol de legitimados para a propositura de ações diretas de constitucionalidade. Enquanto o regime constitucional anterior previa que o único legitimado para acionar o controle abstrato de constitucionalidade era o Procurador-Geral da República, no atual regime há um total de nove legitimados, incluindo grupos de interesse social e partidos políticos.

A legitimidade dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional para a propositura de ações no controle abstrato de constitucionalidade tende a transformar o Supremo Tribunal Federal em uma segunda arena política, pois, em um sistema partidário fragmentado como o brasileiro, qualquer decisão mais brusca tomada pelo Legislativo se convalidará em uma lide constitucional¹⁶⁸. Um exemplo claro dessa realidade são os inúmeros mandados de segurança impetrados no STF por parlamentares objetivando sobrestar o processo legislativo de projeto de lei ou emenda constitucional contrário à Constituição, como forma preventiva de controle de constitucionalidade. Além disso, a legitimidade das entidades de classe de âmbito nacional insere novos atores políticos no debate constitucional, que muitas

¹⁶⁶ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 178.

¹⁶⁷ CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia Jurídica**, 2004, n. 23, p. 118.

¹⁶⁸ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 178.

vezes não se veem representados no Congresso Nacional. Assim sendo, o Judiciário, em especial o Supremo, tem tudo para se transformar em um braço do processo legislativo em que os grupos políticos e sociais derrotados buscam reverter a decisão tomada pela maioria parlamentar.

Junto à ampliação do rol de legitimados, outro elemento institucional que facilita o surgimento da judicialização da política é a extensão do rol de atos estatais passíveis de serem objeto de aferição do controle jurisdicional de constitucionalidade¹⁶⁹. Nesse ponto, o interessante a se destacar é a ampliação realizada pela Constituição de 1988, pela legislação infraconstitucional e pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do elenco de atos passíveis de serem sindacáveis no controle abstrato de constitucionalidade. Em regra, o Supremo entendia que só caberia ADI em face de leis ou atos normativos federais e estaduais. Contudo, o Tribunal tem flexibilizado esse entendimento ao reconhecer o cabimento de ADI proposta em face de leis de efeitos concretos, como é o caso da lei orçamentária anual¹⁷⁰, e de ato normativo secundário, como se deu com as Resoluções do TSE.

Aliado a isso, a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 03/1993 e a regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pela Lei nº 9882/1999 expandiram o espectro do controle abstrato de constitucionalidade brasileiro, tornando possível, respectivamente, a análise da constitucionalidade de ato normativo federal controverso, e a apreciação da constitucionalidade de leis municipais, normas pré-constitucionais, interpretações judiciais e decisões judiciais eivadas de fundamento legal¹⁷¹.

Nota-se que as mudanças constitucionais e infraconstitucionais contribuíram para que houvesse uma sobreposição do controle de constitucionalidade abstrato sobre o modelo incidental e difuso¹⁷². Isso favoreceu uma centralização da interpretação judicial da Constituição no Supremo Tribunal Federal, haja vista que as decisões tomadas no controle abstrato de constitucionalidade vinculam toda a estrutura judicial e o Executivo.

¹⁶⁹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. Op. Cit., p. 124.

¹⁷⁰ STF, ADI 4048/TO, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 22.8.2008.

¹⁷¹ MENDES, Gilmar F; COELHO, Inocêncio M; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1156-1165.

¹⁷² Quando se fala em sobreposição, não se está fazendo referência ao número de processos julgados anualmente pelo Supremo – já que o número de recursos extraordinários supera, em muito, o número de ações do controle concentrado – mas a importância das matérias apreciadas pelo Tribunal em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Constata-se que os temas mais importantes e polêmicos são levados ao Supremo por meio de ADI, ADC, ADO ou ADPF.

A concentração de poderes nas mãos do Supremo Tribunal Federal também tem sido potencializada com a ampliação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF em sede de controle incidental e difuso. Nesse sentido, a EC nº 45/2004 introduziu ao sistema constitucional brasileiro dois instrumentos de ampliação dos efeitos das decisões tomadas em controle incidental pelo Tribunal, a súmula vinculante e a repercussão geral. Com a reforma constitucional, o STF passou a poder conferir eficácia vinculante às decisões proferidas em sede incidental, mediante a edição de súmula vinculante sobre a matéria. Contudo, para que isso seja possível, é necessário que o Tribunal tenha se manifestado reiteradas vezes sobre a controvérsia constitucional e, ainda, que dois terços dos membros do colegiado aprovem a edição da súmula vinculante.

Ao lado da súmula vinculante, a repercussão geral também permitiu que se ampliassem os efeitos das decisões do Supremo proferidas em controle incidental. Nesse sentido, quando o Tribunal reconhece a presença da repercussão geral em um recurso extraordinário, todos os processos que enfrentam o mesmo objeto daquele recurso em que se reconheceu a repercussão geral, deverão ser sobrestados, sendo vedado aos tribunais inferiores decidirem de forma contrária à decisão final do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, as duas inovações permitiram que o Supremo passasse a enquadrar os juízes e tribunais inferiores resistentes às suas decisões, o que aumentou a concentração de poderes nas mãos do Tribunal¹⁷³.

Entretanto, não foi apenas por meio de alterações no ordenamento constitucional que o Supremo ampliou a eficácia das suas decisões. Ele próprio, por meio da sua jurisprudência, buscou conferir maior amplitude aos efeitos subjetivos das decisões proferidas em sede de controle incidental. Destaca-se aqui a admissão da realização do controle incidental em sede de ações coletivas, cujas decisões, por si só, geram efeitos *erga omnis*¹⁷⁴, e principalmente, o entendimento ainda minoritário do Tribunal de que todas as declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo plenário em sede de controle incidental deveriam gerar efeitos *erga omnis*.

No julgamento da Representação nº 4.335-5¹⁷⁵, o Ministro Gilmar Mendes defendeu que o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal sofreu uma mutação constitucional, cujo efeito teria sido o de equiparar os efeitos subjetivos das decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle incidental com os efeitos subjetivos das decisões proferidas no

¹⁷³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008. p. 445.

¹⁷⁴ STF, RE n. 227.159, Segunda Turma, Rel. Min. Neri da Silveira, j. 12.03.2002, DJ 17.05.2002.

¹⁷⁵ STF, Rcl 4.335, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.03.2014, DJ 21.10.2014.

controle concentrado¹⁷⁶. Segundo a fundamentação do Ministro, o sistema constitucional pós-88 deu maior ênfase ao perfil concentrado do que ao perfil difuso, o que exigiria que a Corte atualizasse o entendimento sobre os efeitos das decisões incidentais de inconstitucionalidade proferidas pelo STF.

A proposta de Gilmar Mendes consistia em revestir a decisão de inconstitucionalidade do Supremo, proferida em sede de controle incidental, de eficácia geral tão logo terminasse o julgamento, reservando ao Senado o mero papel de publicizar a declaração de inconstitucionalidade¹⁷⁷. Embora o entendimento do Ministro não tenha sido acatado pela maioria do Tribunal, a sua proposta demonstra a tendência visualizada no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade de conferir, cada vez mais, às decisões do STF, eficácia geral. Isso gera duas consequências. A primeira é a centralização, ainda maior, dos poderes de interpretação constitucional no Supremo Tribunal Federal, aproximando-o da figura do tribunal constitucional europeu. A segunda é a potencialização da judicialização da política¹⁷⁸.

A limitação dos efeitos subjetivos apenas às partes do processo diminui o raio de incidência da decisão constitucional, uma vez que o ato declarado inconstitucional continuará vigente para todos os que não integram o polo da ação¹⁷⁹. Isso desestimula os atores políticos e entidades sociais a recorrerem ao Judiciário, pois a limitação dos efeitos *inter partes* impede que o Judiciário expurgue o ato normativo atacável e reverta, por completo, a decisão legislativa. Portanto, nos sistemas de controle judicial de constitucionalidade que privilegiam a eficácia *inter partes*, a transferência de temas do Legislativo para o Judiciário tende a ser menor. Por sua vez, nos sistemas em que impera a eficácia *erga omnis* das decisões de inconstitucionalidade, a jurisdição constitucional tende a ser vista como um meio mais eficaz

¹⁷⁶ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988 Vinte Anos Depois: A suprema corte e ativismo judicial à brasileira. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 407-440, 2008. p. 430-431.

¹⁷⁷ O Ministro Gilmar Mendes já havia externalizado a sua opinião em artigo anterior, onde defendeu que em virtude da reformulação do sistema de controle judicial de constitucionalidade brasileiro, o artigo 52, X, da Constituição Federal havia sofrido uma autêntica mutação constitucional. MENDES, Gilmar F. O papel do Senador Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 162, abr-jun, 2004. p. 165. A tese do Ministro foi duramente criticada por Lênio Streck, para quem reduzir o papel do Senado Federal significaria transformá-lo em uma secretária de divulgação intralegislativa das decisões do Supremo. STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 551. Para ver mais: REICHMANN SEIXAS, Antonio Eduardo. **A suspensão da execução de lei inconstitucional pelo senado federal: uma análise teórica e empírica do art. 52, X, da Constituição**. 2015. 57 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

¹⁷⁸ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 182.

¹⁷⁹ GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases**. USA: Cambridge University Press, 2003. p. 42.

de derrubada de políticas contrárias aos interesses dos grupos minoritários, o que favorece a judicialização das decisões tomadas no âmbito político.

Ainda dentro das características institucionais da Constituição, Rodrigo Brandão aponta que a constitucionalização abrangente levada a cabo pelo constituinte é um dos fatores que fomenta a judicialização da política no Brasil¹⁸⁰. Tomado por um sentimento ambicioso de elaborar um texto constitucional capaz de liderar o avanço social, o constituinte de 1988 transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou matérias atinentes às relações sociais e econômicas, além de positivar políticas públicas e interesses de grupos influentes.

A ampliação do parâmetro de aferição de constitucionalidade gera, inevitavelmente, um aumento do índice de litigiosidade constitucional, pois qualquer ato mais brusco dos administradores ou dos legisladores acaba por afetar algum dispositivo constitucional, ocasionando, com isso, um incidente de inconstitucionalidade¹⁸¹. O aumento do número de processos distribuídos no Supremo após a promulgação da Constituição de 1988 corrobora a ligação entre constitucionalização abrangente e judicialização da política.

Conforme demonstra pesquisa realizada por Marcos Paulo Veríssimo, antes do regime constitucional de 1988, o STF nunca havia recebido mais de 20.000 processos no ano¹⁸². Com a nova Constituição, esse número foi aumentando, ano após ano, até se chegar ao patamar impressionante de 160.453 processos distribuídos ao Tribunal em um mesmo ano¹⁸³. É verdade que esse número diminuiu após as reformas constitucionais promovidas pela EC nº 45/2004. Todavia, os dados mais recentes demonstram que a litigiosidade no STF voltou a crescer¹⁸⁴. Assim, é inegável que a constitucionalização abrangente promovida pelo constituinte - originário e reformador - potencializou o poder político do Supremo Tribunal Federal.

Diante do que já foi exposto, é possível concluir que o regime constitucional brasileiro reúne, ao menos, sete fatores que favorecem o surgimento do fenômeno da judicialização da política: (i) pluralismo político; (ii) fragmentação do poder político; (iii) extenso catálogo de

¹⁸⁰ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 130-131.

¹⁸¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008. p. 447.

¹⁸² VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988 Vinte Anos Depois: A suprema corte e ativismo judicial à brasileira. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 407-440, 2008. p. 439.

¹⁸³ Ibid., p. 439

¹⁸⁴ Em 2014 foram distribuídos 57.795 processos no STF, ao passo que em 2015 o Tribunal recebeu 65.139 processos.

Para ver mais: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasseAnosAnteriores>

direitos fundamentais; (iv) amplo rol de legitimados para acionar o controle abstrato de constitucionalidade; (v) extenso rol de atos estatais passíveis de serem objeto de incidente de inconstitucionalidade; (vi) ampliação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF; e (vii) a constitucionalização abrangente.

Contudo, nenhuma dessas condições seria suficiente para fomentar a judicialização da política se a noção de que a Constituição é norma jurídica, aplicável judicialmente e dotada de imperatividade não tivesse se enraizado no sistema constitucional brasileiro. Como já visto, nos regimes constitucionais anteriores a 1988, as Constituições eram vistas como um documento político, despojado de eficácia jurídica, e que apenas limitava a atuação do Estado¹⁸⁵. Não era permitido ao cidadão utilizar-se dos dispositivos constitucionais para fundamentar uma pretensão jurídica¹⁸⁶.

Alguns autores tentaram quebrar essa premissa e dotar o texto constitucional de imperatividade¹⁸⁷. Um destes autores foi José Afonso da Silva que na sua obra, “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, defendeu a normatividade da Constituição e classificou os seus dispositivos de acordo com o grau de eficácia jurídica¹⁸⁸. Contudo, em virtude do contexto autoritário vivido no país, as concepções que defendiam a força normativa do texto constitucional não lograram êxito em alterar o papel reservado pelos poderes políticos à Constituição. Apenas com o processo de transição para a democracia na década de oitenta, é que a teoria da efetividade das normas constitucionais encontrou condições institucionais para criar raízes no ordenamento jurídico brasileiro. Funda-se esse novo entendimento na premissa de que a Constituição é norma jurídica, dotada de imperatividade e aplicável às relações concretas, como se pode depreender da lição de Clèmerson Merlin Clève:

“Em face da Constituição de 1988, o direito constitucional alternativo cedeu lugar para uma dogmática da efetividade. O valor normativo da Constituição merece ser potencializado, especialmente a normatividade dos capítulos condensadores dos direitos sociais e que apontam para a construção de uma sociedade igualitária. Para isso, é necessário entender que a Constituição é,

¹⁸⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 38.

¹⁸⁶ Ibid., p. 38.

¹⁸⁷ Cite-se Celso Bastos, Ayres Britto, Pinto Ferreira e Celso Antônio Bandeira de Mello. Ver: FERREIRA, Pinto. Eficácia (direito constitucional). In: Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 30, São Paulo: Ed. RT, 1982. BASTOS, Celso Ribeiro.; BRITTO, Carlos Ayres. Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 1982.

¹⁸⁸ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. O professor paulista classifica as normas constitucionais, quanto a sua eficácia, em normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, normas de eficácia contida e aplicabilidade imediata e normas de eficácia programática e aplicabilidade mediata.

*entre outras coisas, também norma e não mera declaração de princípios ou de propósitos. Enquanto norma, dela decorrem consequências jurídicas (que devem ser tomadas a sério) ”*¹⁸⁹.

Com a consolidação da doutrina da efetividade, a Constituição deixa de ser um documento meramente político para se tornar o principal diploma normativo do sistema jurídico brasileiro. Ela não mais só limita a atuação dos poderes políticos como também impõe a eles dever jurídico de concretizar as disposições constitucionais no mundo fático. Nesse ponto, ganha destaque os direitos fundamentais que passam a fornecer aos seus destinatários verdadeiros direitos subjetivos, que devem ser concretizados pelos poderes públicos, sob pena dos seus titulares recorrerem ao Judiciário para vê-los efetivados¹⁹⁰.

A doutrina da efetividade insere, assim, o juiz no campo da efetivação dos valores e direitos constitucionais, o que lhe era negado nos regimes anteriores¹⁹¹. Quando os poderes políticos se mantiverem inertes frente ao dever jurídico de concretizar as normas constitucionais, caberá ao Judiciário a tarefa de suprimir a omissão dos poderes e dar aplicabilidade ao texto constitucional. Em suma, com a consolidação da força normativa da Constituição, os órgãos judiciais ficam autorizados a extrair comandos normativos do texto constitucional e aplica-los aos casos concretos, o que expande as potencialidades do Poder Judiciário e cria as condições para o surgimento da judicialização da política.

Diante de tudo que foi exposto, depreende-se que a judicialização da política não é um fenômeno passageiro no Brasil. Na ordem jurídica instituída pela Constituição de 1888, a expansão do poder político do Judiciário é algo inevitável e decorrente, principalmente, da atomização do poder político no sistema brasileiro – presidencialismo e multipartidarismo -, da ampliação do controle abstrato de constitucionalidade e da constitucionalização abrangente. O fenômeno se potencializou ainda mais com as emendas constitucionais realizadas pelo constituinte reformador que beneficiaram, principalmente, o Supremo Tribunal Federal, ao centralizar a interpretação judicial da Constituição nas mãos do Tribunal. Portanto, conclui-se que a judicialização da política é uma característica inafastável do regime constitucional pós-88. Todos os atos ou decisões polêmicas encampadas pelo legislador ou pelo administrador

¹⁸⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 42.

¹⁹⁰ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 193.

¹⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 224

serão, inevitavelmente, levadas para a apreciação de um órgão judicial, seja pelos partidos políticos, seja pelos grupos sociais organizados.

Tal condição não é, por si só, maléfica. Em um sistema marcado pelo descaso dos poderes políticos com a concretização dos direitos dos cidadãos, o chamamento do operador jurídico ao debate constitucional é um elemento que traz maiores garantias de que haverá a efetivação dos compromissos substantivos positivados na Constituição de 1988¹⁹². Além disso, a aplicação da Constituição por parte do operador jurídico abre a possibilidade de haver uma interação entre os poderes, na medida em que cada departamento poderá contribuir com a lógica que lhe é própria para a construção do sentido da Constituição¹⁹³.

O problema reside quando se soma à judicialização da política o elemento da supremacia judicial. Ao se vetar a possibilidade do Parlamento reverter decisões judiciais que envolvam dispositivos abertos da Constituição, o operador jurídico torna-se o único encarregado de interpretar e dar concretude ao texto constitucional. Consequentemente, a atuação do Parlamento fica restrita às matérias que não se relacionam, diretamente, com os dispositivos constitucionais e o legislador deixa de se importar com a Constituição, por compreender que os dispositivos nela positivados são de competência exclusiva do Judiciário.

Em síntese, em um cenário em que grande parte das questões políticas relevantes é judicializada, como ocorre no Brasil, se o STF se alinhar ao modelo de supremacia judicial, qualquer decisão do Tribunal que envolva dispositivos constitucionais, especialmente aqueles de sentido indeterminado, só será reversível por emenda constitucional, e mesmo assim, quando o Tribunal entender que a emenda não viola cláusula pétrea. Isso torna o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro uma instituição desviante dentre de um sistema democrático, pois o STF proferirá decisões finais sobre temas de interesse da sociedade, sem que ao povo seja concedido algum tipo de mecanismo efetivo de controle ou de correção¹⁹⁴. Diante dessas problemáticas, convém verificar se o modelo da supremacia judicial vem sendo encampado pelos membros do Supremo Tribunal Federal.

¹⁹² CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 49.

¹⁹³ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 60.

¹⁹⁴ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 369.

3.3. O Intérprete Autêntico da Constituição: a autocompreensão do Supremo Tribunal Federal sob a ótica da supremacia judicial

Embora o regime constitucional de 1988 tenha sido especialmente generoso com o Supremo Tribunal Federal, ampliando o seu âmbito de competência e as suas vias de acesso, o Tribunal demorou para assumir, sem ambiguidades, o papel político reservado a ele pela Constituição de 1988¹⁹⁵. Os primeiros anos da sua jurisprudência, sob a vigência da nova Constituição, foram marcados por uma inconsistência do Tribunal, ora adotando uma postura de autocontenção, ora explorando as potencialidades dos seus poderes constitucionais. Um exemplo que evidencia o conservadorismo do Tribunal nos primeiros anos da nova ordem constitucional é o julgamento da ADI nº 223, que examinou a constitucionalidade da Medida Provisória nº 173, editada pelo Presidente Fernando Collor de Mello em 18 de março de 1990.

A legislação provisória vedava a possibilidade dos órgãos judiciais concederem medidas liminares em mandado de segurança e em ações ordinárias ou cautelares ajuizadas contra as Medidas Provisórias do Plano Collor I. O então Presidente tinha conhecimento que o seu plano de congelamento dos ativos financeiros levaria as pessoas a recorrerem ao Judiciário para terem suas poupanças desbloqueadas. Por essa razão, o Presidente optou por vetar que o Judiciário concedesse liminares de desbloqueio à população. Como se pode imaginar, a medida provisória causou uma enorme revolta na classe política e na sociedade e, em menos de 10 dias, a sua constitucionalidade já era objeto de ação proposta perante o STF pelo Partido Democrático Trabalhista.

O Tribunal, no julgamento da ADI nº 223¹⁹⁶, decidiu, por nove votos a dois, que não cabia ao STF suspender a eficácia da Medida Provisória nº 173, visto que seria tarefa de cada juiz, no manejo do controle difuso, averiguar se o dispositivo provisório confrontaria os direitos do cidadão no caso concreto. Ao assim decidir, o Supremo esquivou-se da responsabilidade de resolver o conflito, de forma geral, fragmentando-o em milhares de ações e deixando ao cargo dos juízes de direito a tarefa de apreciar a constitucionalidade da Medida¹⁹⁷. Vê-se, portanto, que o STF não quis assumir o ônus de ser o único intérprete da Constituição, tendo preferido

¹⁹⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 147.

¹⁹⁶ STF, ADI nº 223/DF, Pleno, Rel. Min. Paulo Brossard, j. 05.04.1990, DJ 29.06.1990.

¹⁹⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 103.

atribuir a responsabilidade da decisão de inconstitucionalidade às demais instâncias do Judiciário.

Em contrapartida, no julgamento da medida cautelar na ADI nº 939¹⁹⁸, o Supremo deu um importante passo no caminho da concentração da interpretação constitucional na sua figura ao declarar, pela primeira vez na história, a inconstitucionalidade de uma emenda à Constituição, com base no aspecto material. A ação questionava a constitucionalidade da EC nº 03/1993 que instituiu o Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira (IPMF) e autorizava a sua cobrança ainda no ano de 1993. Em regra, a cobrança de imposto no mesmo exercício financeiro da sua instituição viola o princípio da anterioridade. Todavia, o constituinte reformador estabeleceu que IPMF seria mais uma exceção ao princípio da anterioridade, além daquelas estipuladas pelo constituinte originário¹⁹⁹.

Na apreciação do pedido liminar, por sete votos a três, o Supremo entendeu que a ampliação do leque de exceções ao princípio da anterioridade violaria os valores constitucionais intangíveis, mesmo que a ampliação se desse com emenda constitucional. Ao assim decidir, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade o artigo 2º, §2º, da EC nº 03/1993 em razão do conteúdo do seu dispositivo - autorização da cobrança do IPMF no mesmo exercício financeiro ao seu estabelecimento – ser incompatível com a unidade do texto constitucional. Dessa maneira, o Supremo, pela primeira vez, de maneira concreta, colocou-se na posição de órgão de cúpula do sistema constitucional brasileiro, ao controlar a forma mais ilimitada de exercício de um poder dentro de um regime constitucional, no caso a manifestação do poder constituinte reformador²⁰⁰.

O cotejo dessas duas decisões do STF denota um Tribunal marcado pela hesitação em exercer a plenitude dos seus poderes constitucionais nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988. No entanto, com a pacificação das crises institucionais e a aposentadoria dos ministros indicados pelo regime militar, o Supremo passou a explorar, cada vez mais, os limites da sua competência, até que, finalmente, passou a se autocompreender como o intérprete autêntico da Constituição.

¹⁹⁸ STF, ADI nº 939/DF, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 15.12.1993, DJ 18.03.1994.

¹⁹⁹ São exceções ao princípio da anterioridade a cobrança do IPI, IOF, imposto de importação e imposto de exportação.

²⁰⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 137.

Essa mudança no entendimento do Supremo fica evidente no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797²⁰¹, em cuja ementa lê-se:

“4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresce o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional - , à razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeito ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Supremo na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.”

No caso, o STF apreciou a constitucionalidade de lei ordinária que alterava o entendimento do Tribunal sobre a prerrogativa de função dos ex-detentores de cargos públicos. Inicialmente, o STF entendia que o foro especial se mantinha após o indivíduo deixar o cargo público, mesmo que o ato objeto de análise do processo criminal não tivesse relação com o exercício da função pública²⁰². Porém, no julgamento do Inquérito nº 687²⁰³, o Supremo reviu o seu entendimento, passando a rejeitar a extensão do foro especial aos ex-detentores de cargos públicos, mesmo que o ato investigado tivesse sido realizado no exercício da função pública²⁰⁴.

Esse entendimento judicial foi superado no fim do governo Fernando Henrique Cardoso, com a aprovação da Lei nº 10.628/2002 que positivava entendimento intermediário entre as interpretações pretéritas da Corte, ao prever o foro especial aos ex-detentores de cargos públicos apenas para os inquéritos que tinham como objeto ato realizado no exercício da função pública. Nota-se que a nova lei ordinária superava a decisão do STF proferida no Inquérito nº 687 e reestabelecia o foro por prerrogativa de função dos ex-agentes públicos apenas para os inquéritos que investigavam “atos administrativos do agente”²⁰⁵.

A Lei nº 10.628/2002 foi levada à apreciação do STF pela Associação dos Magistrados Brasileiros, por meio da ADI nº 2.797, tendo como Ministro Relator, Sepúlveda Pertence, cujo

²⁰¹ STF, ADI nº 2.797/DF, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15.09.2005, DJ 19 dez. 2006.

²⁰² BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 21.

²⁰³ STF, INQ nº 687, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.08.1999, DJ 09.11.2001.

²⁰⁴ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 21.

²⁰⁵ Termo utilizado pela Lei para se referir aos atos realizados pelo agente no exercício da função pública.

voto foi seguido pela maioria da Corte e levou à declaração da inconstitucionalidade do referido ato normativo. Mais do que a inconstitucionalidade, o que chama a atenção nesse julgamento são os argumentos lançados pelos Ministros.

Para o Ministro Pertence, por exemplo, a lei em análise padeceria de inconstitucionalidade formal em razão da supremacia da Constituição em face das leis. É que, segundo o Ministro, qualquer lei que tenha como objetivo impor uma determinada interpretação da Constituição ao STF seria formalmente inconstitucional, pois nenhuma norma de gradação inferior poderia se propor a “*ditar a interpretação de norma de hierarquia superior*”.

Além disso, o Ministro sustentou que as leis que objetivassem alterar a interpretação dada pelo STF aos dispositivos constitucionais seriam materialmente inconstitucionais. Isso porque “*admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição só constituiria a Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames*”.

Nota-se que o Ministro Sepúlveda Pertence lançou mão da mesma linha de raciocínio utilizada pela Suprema Corte estadunidense, nos casos *Cooper v. Aaron* e *City of Bourne v. Flores*, ao concluir que a superação, por lei ordinária, da interpretação dada pelo STF à Constituição afrontaria a supremacia da Constituição e desvincularia o Legislativo dos limites constitucionais.

Reconhecer essa faculdade ao legislador equivaleria a liberá-lo “*dos limites constitucionais que deveriam constranger a sua discricionariedade, tornando inviável a supremacia da Constituição sobre as leis e o Estado do Direito*”. Dessa maneira, demonstra-se que a fundamentação adotada pelo Relator para sustentar a adoção da supremacia judicial é fundada nas mesmas premissas frágeis utilizadas pela Suprema Corte estadunidense para se autoproclamar como a intérprete final da Constituição.

Em síntese, o Ministro-Relator sedimentou que (i) lei ordinária que objetivasse impor uma determinada interpretação da Constituição ao Supremo seria formalmente inconstitucional; (ii) lei que buscasse alterar a interpretação dada pelo STF à Constituição apresentaria o vício de inconstitucionalidade material. Após a suspensão do julgamento, em face de pedido de vista, o Ministro Eros Grau proferiu o seu voto, divergindo quanto à primeira conclusão apresentada pelo Ministro Pertence. Eros Grau argumentou que lei ordinária interpretativa da Constituição não padece de inconstitucionalidade formal, pois os legisladores são, assim como os juízes,

intérpretes da Constituição, e as leis são resultado desse processo de interpretação constitucional.

Embora o Ministro tenha reconhecido a possibilidade de os legisladores editarem leis que propusessem uma determinada interpretação à Constituição, ele, ao final, fixou o entendimento de que as leis não poderiam confrontar interpretação pretérita fixada pelo STF, sob pena de serem declaradas materialmente inconstitucionais. O voto do Ministro Eros Grau, por conseguinte, não deixou de reconhecer que o Supremo Tribunal Federal é o intérprete máximo da Constituição, apenas ressaltou que o Parlamento pode interpretar a Constituição, desde que não a faça em contrariedade à interpretação do Supremo.

O Ministro Cesar Peluso, por sua vez, aderindo ao voto do Ministro Sepúlveda Pertence, também atribuiu ao Supremo a condição de intérprete máximo da Constituição, sustentando, para isso, que reconhecer a possibilidade do Parlamento impor ao STF, interpretação de norma constitucional que o próprio Tribunal já rejeitou significaria “*submeter as decisões da Corte a uma espécie de referendo do Parlamento*”. No mesmo sentido foi a manifestação do Ministro Celso de Melo, para quem o Supremo reveste-se da condição de intérprete final da Constituição, motivo pelo qual somente a Corte pode proceder com a construção exegética do alcance e do significado das cláusulas constitucionais.

Cumprе relembrar que, no momento em que a Corte constitucional incorpora o elemento da supremacia judicial à sua jurisprudência, as suas decisões passam a se confundir com o próprio corpo da Constituição. Essa confusão fica evidente em passagem do voto do Ministro Carlos Mário Velloso, na qual o Ministro afirmou que: “*o artigo 84, § 1º, do CPP, na redação dada pela Lei nº 10.629/2002, afrontou o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, afrontando, portanto, a Constituição*”. Em sentido contrário à *ratio decidendi* construída no julgamento, o Ministro Gilmar Mendes sustentou não ser possível “*presumir a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados simplesmente porque eles contrariam a ‘última palavra’ conferida pelo Supremo Tribunal Federal*”.

O voto do Ministro Mendes parte da premissa de que a positivação de interpretação já rejeitada pelo STF não redundaria em uma supremacia parlamentar, como parecem defender os demais Ministros, mas numa supremacia da Constituição em que todos os intérpretes, juizes e legisladores têm legitimidade para prover uma interpretação constitucional própria, a qual se submeterá ao controle dos demais poderes. O fato do legislador federal, ressalta o Ministro, poder reincidir ou regular determinada matéria constitucional de forma diversa à fixada pelo

STF, cria as condições para que haja um debate institucional entre os poderes. O voto de Gilmar Mendes parece resgatar a concepção original do *judicial review* construída por Marshall baseada na supremacia da Constituição e não na supremacia judicial. Em que pese a resistência do Ministro Mendes, a ampla maioria dos Ministros assentou que as normas editadas pelo Poder Legislativo não podem contrariar a interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal proferida pelo Supremo²⁰⁶.

Esse entendimento se mostra presente em outros julgados do Tribunal. No Mandado de Segurança nº 26.603²⁰⁷, por exemplo, o Ministro-Relator, Celso de Mello, acentuou que a função institucional do STF de guarda da Constituição confere-lhe “*o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental*”. Também no julgamento da ADI nº 2.223²⁰⁸, o Ministro Nelson Jobim alertou os seus pares para o fato de que a Corte é a única instituição da República que pode errar por último.

Por fim, no julgamento do RE nº 357.950²⁰⁹, o Ministro Eros Grau asseverou que “*o momento é propício para a afirmação de que, em verdade, a Constituição nada diz; ela diz o que esta Corte, seu último intérprete diz que ela diz*”. A semelhança entre a manifestação do Ministro e a frase proferida pelo *chief justice* Charles Evan Hughes quando a Suprema Corte estadunidense começava a assumir um papel preponderante no sistema político dos EUA é evidente²¹⁰.

A autocompreensão da Corte como intérprete autêntica da Constituição também tem levado os seus membros a se manifestar, previamente, sobre a inconstitucionalidade de projetos de leis e emendas à Constituição que visam superar entendimento do STF²¹¹. Assim se deu, por exemplo, na declaração de inconstitucionalidade do financiamento eleitoral por pessoas jurídicas.

Em entrevista ao portal do STF, o Ministro Luiz Fux, ao comentar a aprovação do projeto de lei que reestabelecia a doação eleitoral por pessoas jurídicas, apontou que “*qualquer iniciativa que viole essa decisão do STF é considerada um atentado à dignidade da jurisdição,*

²⁰⁶ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Entre a supremacia constitucional e a supremacia judicial: novos desafios do controle de constitucionalidade no Brasil. In: AGRA, Walber Moura; BRAGA DE CASTRO; Celso Luiz; TAVARES, André Ramos. **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 385-413. p. 399.

²⁰⁷ STF, MS nº 26.603, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04.10.2007, DJ 19.12.2008.

²⁰⁸ STF, ADI nº 2.223/DF, Pleno, Rel. Min. Maurício Correa, j. 10.10.2002, DJ 05.12.2003.

²⁰⁹ STF, RE nº 390.840/MG, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.11.2005, DJ 15.08.2006.

²¹⁰ “*We live under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is*”

²¹¹ SILVA, Cecília de Almeida, MOURA, Francisco, VIEIRA, José Ribas, TAVARES, Rodrigo de Souza, VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. Curitiba: Juruá. 2010. p. 30.

e a lei vai ter o mesmo destino que a anterior teve”. Inclusive, ao ser questionado sobre a possibilidade de o Congresso aprovar emenda constitucional sobre a matéria o Ministro deu o indicativo de que a possível reforma também seria declarada inconstitucional, pois a decisão da Corte fora fundada em interpretação das cláusulas pétreas.²¹²

Do cotejo das decisões apresentadas e das manifestações dos Ministros que compõem ou compuseram o Supremo Tribunal Federal, conclui-se que o signo da supremacia judicial se mostra presente no sistema político brasileiro. Embora sem qualquer previsão normativa, o Supremo tem se autoproclamado o intérprete autêntico da Constituição, o que tem feito com que a sua interpretação constitucional vincule não apenas os demais órgãos judiciais e o Executivo, mas também os legisladores.

Consequentemente, quando o Supremo analisa uma determinada controvérsia e fixa a interpretação correta do texto constitucional, ao Parlamento e aos demais intérpretes da Constituição não é mais reconhecido a possibilidade de apresentarem outros significados extraíveis do mesmo dispositivo constitucional. Ocorre, portanto, o fechamento da discussão e da definição pública em relação às questões constitucionais fundamentais que afetam toda a sociedade, somente sendo possível reabri-las por deliberação do próprio Supremo²¹³. Em sistemas onde se visualiza a incidência do fenômeno da judicialização da política, como o brasileiro, a gama de temas que serão encerrados pela deliberação judicial tende a ser extensa.

Por exemplo, em controvérsias constitucionais como o aborto, cuja permissão ou proibição da prática encontra respaldo em cláusulas pétreas, a declaração de inconstitucionalidade da lei retiraria a liberdade do legislador positivar a matéria, seja para proibir, seja para liberar a prática do aborto, pelo simples fato do Supremo já ter deliberado sobre a questão²¹⁴. Sendo assim, a adoção pelo STF do elemento da supremacia judicial expurga o legislador e os demais intérpretes constitucionais do debate constitucional, desconsiderando as contribuições que eles podem trazer para a construção do significado da Constituição.

Para afastar a incidência da supremacia judicial no sistema político brasileiro, a terceira parte deste trabalho tratará de uma alternativa ao modelo de supremacia judicial que consiste nos modelos dialogais. Procurar-se-á nas próximas linhas, apresentar as diferentes

²¹² Informação retirada do sítio: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=300018>

²¹³ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Entre a supremacia constitucional e a supremacia judicial: novos desafios do controle de constitucionalidade no Brasil. In: AGRA, Walber Moura; BRAGA DE CASTRO; Celso Luiz; TAVARES, André Ramos. **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 385-413. p. 402.

²¹⁴ Ibid, p. 402.

teorias dialógicas, demonstrando as suas variâncias, além de verificar a compatibilidade desse modelo de decisão com o sistema constitucional brasileiro.

4. A ALTERNATIVA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS

4.1. As Principais Teorias dos Diálogos Constitucionais

Nos últimos anos, a doutrina constitucional, especialmente americana e canadense, tem reconhecido a importância da abertura do Judiciário ao diálogo no exercício da jurisdição constitucional. Experiências institucionais inovadoras como a visualizada no Canadá, após a incorporação da Carta e Direitos e Liberdades de 1892, estimularam o desenvolvimento de teorias que buscam defender uma maior interlocução entre os atores institucionais na construção do significado da Constituição.

Muito embora existam diferentes versões, as teorias agrupadas sob o conceito de diálogos constitucionais têm em comum a premissa de que o Judiciário não tem e não deve ter o monopólio da interpretação constitucional²¹⁵. Partem do pressuposto de que o sentido da Constituição deve ser fruto de uma interação construtiva entre a Corte constitucional e os demais poderes²¹⁶.

Christine Bateup, em trabalho voltado para a análise das diferentes versões das teorias dialogais, constatou ser possível dividi-las em duas categorias gerais, uma voltada para o método de construção da decisão judicial²¹⁷, e a outra focada nos mecanismos institucionais e políticos existentes nos sistemas constitucionais que permitem aos poderes políticos responder as decisões judiciais das quais discordam²¹⁸. Como este trabalho tem por objetivo final a análise dos modelos dialogais que autorizam os poderes políticos a superarem as decisões das Cortes por meio de instrumentos normativos, o presente tópico se limitará ao exame das teorias dialogais que compõem a segunda categoria elencada por Bateup.

²¹⁵ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. In: **Brooklyn Law Review**. New York: New York University School of Law, 2006. p. 27.

²¹⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 267 f. Tese de Doutorado em Ciência Política – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008. p. 106.

²¹⁷ As teorias do método judicial compreendem que o diálogo entre Corte e Parlamento se dá por meio das virtudes passivas ou pelas virtudes ativas da Corte. Na primeira hipótese, a Corte evitaria esgotar a controvérsia constitucional levada para a sua apreciação, deixando questões tangenciais ao caso concreto em aberto para os poderes políticos apresentarem as devidas soluções. O maior exemplo dessa concepção é o minimalismo de Cass Sunstein. No caso das virtudes ativas, a Corte, além de solucionar a controvérsia apresentada no caso concreto, a Corte expede orientações para os poderes políticos, indicando a eles quais os meios a serem seguidos para que os seus atos sejam compatíveis com o texto constitucional. BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. In: **Brooklyn Law Review**. New York: New York University School of Law, 2006.

²¹⁸ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. In: **Brooklyn Law Review**. New York: New York University School of Law, 2006. p. 17 – 76.

O grupo de teorias – intitulado por Bateup como teorias estruturais do diálogo – partem do pressuposto de que os diálogos constitucionais emergem quando os poderes utilizam mecanismos institucionais e políticos para superar a decisão de outro poder²¹⁹. A primeira concepção abordada por Bateup nessa categoria é a da construção coordenada²²⁰. Para os adeptos desta corrente dialógica, a constituição é um instrumento que deve ser interpretado por todos os poderes, sendo a Corte apenas mais uma intérprete dentro de um sistema constitucional²²¹.

Nesse sentido, os departamentos estatais compartilhariam a tarefa de identificação do sentido da constituição²²². A teoria da construção coordenada compreende que a interação dialógica entre os poderes é uma consequência do sistema de freios e contrapesos²²³. Trata-se da concepção de interpretação constitucional mais antiga dentro da doutrina constitucional estadunidense, tendo sido defendida, pela primeira vez, por James Madison²²⁴. O departamentalismo de Bradley Thayer também é constantemente classificado como um exemplo de teoria de construção coordenada.

O entendimento de que todos os departamentos estatais teriam a mesma autoridade para interpretar os dispositivos constitucionais foi constantemente criticado pelos defensores da supremacia judicial por, supostamente, fomentar uma anarquia no campo da interpretação constitucional e por ser inconsistente com o sistema de freios e contrapesos da Constituição estadunidense²²⁵. Mais recentemente, a concepção da construção coordenada foi resgatada por autores como Louis Fisher, Neal Devins e Keith Whittington, os quais procuraram responder as objeções apresentadas pelos defensores da supremacia judicial²²⁶.

²¹⁹ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. In: **Brooklyn Law Review**. New York: New York University School of Law, 2006. p. 32.

²²⁰ Ibid., p. 33-41.

²²¹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 267 f. Tese de Doutorado em Ciência Política – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008. p. 136.

²²² SILVA, Cecília de Almeida, MOURA, Francisco, VIEIRA, José Ribas, TAVARES, Rodrigo de Souza, VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. Curitiba: Juruá. 2010. p. 95.

²²³ GODOY, Miguel. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. 2015. 266 f. Tese de Doutora em Direito – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 154.

²²⁴ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. In: **Brooklyn Law Review**. New York: New York University School of Law, 2006. p. 33.

²²⁵ Ibid., p. 33.

²²⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 267 f. Tese de Doutorado em Ciência Política – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008. p. 133-134.

Keith Whittington, por exemplo, elaborou uma defesa normativa da interpretação constitucional extrajudicial baseada na desqualificação das críticas dirigidas as teorias da construção coordenada²²⁷. Normalmente, os defensores da supremacia judicial aduzem que a igualdade do Parlamento e da Corte no campo da interpretação constitucional levaria a uma anarquia interpretativa por multiplicar os intérpretes sem definir uma autoridade final e estável²²⁸. Dessa forma, a definição de um intérprete autêntico e final da Constituição seria necessária para garantir uma estabilidade no campo da interpretação constitucional²²⁹.

Para Whittington essa objeção superestima o valor da estabilidade constitucional e a capacidade de o Judiciário impor acordos constitucionais, ao mesmo tempo em que subestima a habilidade dos atores não-judiciais darem uma resposta eficaz à controvérsia constitucional²³⁰. Para o autor a aplicação de uma lei exige certo grau de clareza (de modo a permitir que os indivíduos saibam quais são as ações permitidas dentro da sociedade) e um certo grau de estabilidade (de maneira que os indivíduos possam prever o comportamento futuro)²³¹. No entanto, no contexto constitucional, onde há uma predominância de dispositivos de significado aberto, uma forte estabilidade da interpretação constitucional – na forma pregada pelos defensores da supremacia judicial – pode levar ao engessamento da Constituição, impedindo, com isso, a existência de uma diversidade política no debate constitucional e a promoção de experimentações interpretativas benéficas na dinâmica social²³².

Dessa maneira, o autor compreende que a estabilidade constitucional não é o único valor constitucional a ser preservado. As constituições preveem outros valores substantivos que deverão ser equilibrados no momento da resolução das controvérsias constitucionais²³³. Sendo assim, na medida em que se reconhece que o constitucionalismo se preocupa com outros valores constitucionais além da estabilidade constitucional, a justificação do modelo de supremacia interpretativa fica enfraquecida, pois a abertura interpretativa da Constituição para os

²²⁷ WHITTINGTON, Keith. Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses. **North Carolina Law Review**, v. 80, 2001. Disponível em: <<http://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3980&context=nclr>>. Acesso em: 24 de out. de 2016. p. 783.

²²⁸ Ibid., p. 787.

²²⁹ Essa é a tese defendida por Larry Alexander e Frederick Schauer. ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. Defending Judicial Supremacy: A Reply. *Constitutional Commentary*, vol. 17:455. Disponível em: <https://conservancy.umn.edu/bitstream/handle/11299/168082/17_03_Alexander_Schauer.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

²³⁰ WHITTINGTON, Keith. Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses. **North Carolina Law Review**. Op. Cit., p. 788.

²³¹ Ibid., p. 790.

²³² Ibid., p. 791

²³³ Ibid., p. 797.

intérpretes não-judiciais se mostra um meio mais apto para balancear todos os valores constitucionais na resolução dos problemas constitucionais²³⁴.

Whittington também coloca em xeque a suposta capacidade de o Judiciário solucionar qualquer controvérsia constitucional de forma final. Segundo o constitucionalista, as decisões judiciais influenciam a opinião particular dos intérpretes não judiciais, todavia elas não conseguem cessar, por completo, os debates na sociedade sobre a questão ainda controvertida²³⁵. Assim, mesmo com a decisão da Corte, a interpretação constitucional extrajudicial se mantém, mostrando ser um fenômeno inevitável na história constitucional estadunidense. Whittington também aponta que a interpretação constitucional extrajudicial não promove uma instabilidade como fazem crer os defensores da supremacia judicial.

Segundo o autor, os intérpretes constitucionais não-judiciais também valorizam a estabilidade da interpretação judicial. Por essa razão, eles se esforçam para construir uma interpretação extrajudicial fundada em compromissos amplos e pontos de consenso, e que seja capaz de encerrar as controvérsias constitucionais²³⁶. Nesse sentido, aponta o autor que “*a preocupação com os custos de oportunidade, o desejo de manter a estabilidade e a inércia pura são fatores que desencorajam os intérpretes não-judiciais a romper a interpretação constitucional existente sem uma boa razão*”²³⁷.

Ademais, a própria estrutura dos sistemas constitucionais tende a gerar estabilidade e moderação no campo da interpretação constitucional, pois a elaboração de uma interpretação constitucional extrajudicial exige uma ampla coalizão política que é difícil de ser atingida sem que se apresentem boas razões para superar a interpretação constitucional vigente²³⁸.

Outra crítica desmistificada por Whittington é a de que as interpretações extrajudiciais não levam os argumentos sobre princípios tão a sério quanto as Cortes. O constitucionalista demonstra que, na realidade, as decisões judiciais não são fruto de uma ampla deliberação

²³⁴ WHITTINGTON, Keith. Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses. **North Carolina Law Review**, v. 80, 2001. Disponível em: <<http://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3980&context=nclr>>. Acesso em: 24 de out. de 2016. p. 797.

²³⁵ Ibid., p. 799.

²³⁶ Ibid., p. 806.

²³⁷ Ibid., p. 807. Tradução livre do trecho “*A concern with opportunity costs, a positive desire to maintain stability, and sheer inertia discourage nonjudicial officials from disrupting existing constitutional arrangements without good reason*”.

²³⁸ Ibid., p. 807.

baseada em argumentos de princípios, como defendem os autores que veem as Cortes como fóruns de princípio, mas são resultado de uma junção de opiniões desconexas²³⁹²⁴⁰.

Da mesma forma, sustentar que a interpretação constitucional dos poderes representativos só atende às pressões políticas as quais estão submetidos é desconsiderar as inúmeras situações em que os Parlamentos ou os chefes do Executivo apresentaram uma interpretação constitucional mais preocupada com princípios do que a interpretação da Corte. O autor cita, como exemplo, a rejeição de Abraham Lincoln à decisão proferida no caso *Dred Scott v. Sandford*, e o caso em que o Legislativo de Vermont reconheceu, juridicamente, as uniões homoafetivas²⁴¹.

Por fim, Whittington afasta a crítica de que a concepção da construção coordenada representaria um perigo às minorias ao permitir que as maiorias parlamentares superassem a interpretação constitucional da Corte. Segundo o autor, essa objeção não reflete a dinâmica política que regula a competição entre os poderes²⁴². No geral, nem as Cortes são sempre contramajoritárias e nem os poderes representativos são implacavelmente majoritários a todo o momento²⁴³. Em muitas ocasiões, a Suprema Corte estadunidense decidiu em consonância com a opinião da maioria da população ou da maioria parlamentar²⁴⁴. Da mesma forma que algumas interpretações extrajudiciais já estenderam direitos de grupos minoritários para além dos limites fixados pela interpretação constitucional da Suprema Corte.

Desse modo, Whittington chega à conclusão de que a construção do sentido da Constituição é resultado de uma interação contínua entre os intérpretes constitucionais, que só cessa quando se chega a um consenso comum. Assim, para o autor, é uma falha considerar que o Judiciário tenha a palavra final sobre a Constituição, pois as suas decisões não encerram o debate constitucional, o qual se mantém vivo enquanto restar algum tipo de controvérsia sobre a questão²⁴⁵. Christine Bateup assevera que o problema dessa concepção é que ela se

²³⁹ WHITTINGTON, Keith. Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses. **North Carolina Law Review**, v. 80, 2001. Disponível em: <<http://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3980&context=nclr>>. Acesso em: 24 de out. de 2016. p. 817.

²⁴⁰ No mesmo sentido foi a conclusão a qual chegou Virgílio Afonso da Silva em estudo sobre a forma de deliberação interna adotada pelo Supremo Tribunal Federal no seu processo decisório. Para ver mais: DA SILVA, Virgílio Afonso. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, p. 557-584, 2013.

²⁴¹ WHITTINGTON, Keith. Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses. **North Carolina Law Review**. Op. Cit., p. 821.

²⁴² Ibid., p. 830.

²⁴³ Ibid., p. 830.

²⁴⁴ Ibid., p. 833.

²⁴⁵ Ibid., p. 839.

fundamenta em uma disputa adversarial entre os poderes sobre quem tem a melhor interpretação sobre a Constituição²⁴⁶. Desse modo, não há, nessa perspectiva dialogal, uma colaboração deliberativa entre os poderes na construção do significado da Constituição.

Em contraste à concepção da construção coordenada, Christine Bateup elenca um conjunto de teorias – chamado de teorias de princípios jurídicos – que compreendem que os juízes desempenham uma função dialógica única, fundada na sua capacidade especial de lidar com matérias de princípios²⁴⁷. Assim, diferentemente da concepção da construção coordenada, as teorias que compõem essa segunda subcategoria das teorias estruturais do diálogo reconhecem que o Judiciário possui uma maior capacidade institucional para lidar com questões relacionadas a princípios jurídicos. Essas teorias, portanto, baseiam-se em uma hierarquização dos intérpretes constitucionais quanto a matéria posta em discussão, no sentido de que o Judiciário teria uma maior autoridade interpretativa no campo dos princípios jurídicos, ao passo que o Legislativo gozaria de uma posição interpretativa mais privilegiada nos temas atinentes às políticas públicas.

Todavia, isso não faz com que essas teorias se assemelhem a concepção da supremacia do Judiciário, pois elas permitem que o Legislativo se manifeste sobre questões relativas a princípios, mesmo quando o Judiciário já tenha exarado seu entendimento sobre a questão²⁴⁸. Alguns autores como Michael Perry sustentam que os poderes políticos podem apresentar uma interpretação diversa da eleita pelos órgãos judiciais com o objetivo de corrigir possíveis erros ou excessos da interpretação judicial²⁴⁹. Apesar dos órgãos judiciais gozarem de uma posição privilegiada na apreciação de questões de princípios, eles são instituições falíveis e, portanto, podem cometer erros na interpretação constitucional²⁵⁰.

Assim, caberia aos poderes políticos, no exercício da sua função fiscalizatória, expedir interpretação constitucional para corrigir os problemas decorrentes da interpretação judicial. Isso daria à Corte a possibilidade de rever o seu entendimento pretérito e acatar, ou não, a nova interpretação dos poderes políticos. Desse modo, segundo essa perspectiva, a interação

²⁴⁶ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. In: **Brooklyn Law Review**. New York: New York University School of Law, 2006. p. 39.

²⁴⁷ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. In: **Brooklyn Law Review**. New York: New York University School of Law, 2006. p. 41.

²⁴⁸ GODOY, Miguel. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. 2015. 266 f. Tese de Doutora em Direito – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 155.

²⁴⁹ PERRY, Michael. **The Constitution, the Court and Human Rights**. New Haven. Yale University Press. 1982.

²⁵⁰ Ibid., p. 115.

dialógica decorreria do controle exercido pelos poderes políticos sobre a atuação do Judiciário²⁵¹. No ambiente constitucional estadunidense, o diálogo institucional decorrente da função fiscalizatória do Parlamento poderia se dar por meio da reedição de legislação anulada pela Corte, pela regulamentação restritiva das decisões judiciais a fim de limitar os seus efeitos, pela alteração do texto constitucional ou pela indicação de novos juízes à Corte²⁵².

Christine Bateup aponta uma contradição interna neste perspectiva da teoria dos princípios, pois se o Judiciário tem uma maior capacidade para lidar com controvérsias que envolvam princípios jurídicos, é improvável que a interpretação apresentada pelos poderes políticos no exercício da sua função de controle será considera mais correta que a interpretação dos órgãos judiciais²⁵³. Dentro ainda das teorias de princípios, Bateup aponta a existência de outra perspectiva que entende que o Legislativo pode contribuir para a construção de um diálogo constitucional de modo substantivo, e não apenas atuar para controlar e corrigir a atuação do Judiciário.

Nesse sentido, como a elaboração de políticas públicas – seara natural dos legisladores- envolve um processo complexo que exige a conciliação de múltiplos objetivos concorrentes, os Parlamentos teriam uma maior expertise para articular as questões de princípios sob um enfoque mais amplo voltado para os objetivos políticos²⁵⁴. Dessa forma, o Legislativo poderia participar da construção do significado da Constituição junto ao Judiciário por meio do exercício da sua competência, desde que observasse as decisões do Judiciário baseadas em princípio²⁵⁵. Essa interação substantiva promoveria uma interpretação constitucional final mais concatenada com os múltiplos objetivos concorrentes em uma sociedade²⁵⁶.

²⁵¹ PERRY, Michael. **The Constitution, the Court and Human Rights**. New Haven. Yale University Press. 1982. p. 113.

²⁵² BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the normativa potential of theories of constitutional dialogue. In: **Brooklyn Law Review**. New York: New York University School of Law, 2006. p. 44.

²⁵³ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the normativa potential of theories of constitutional dialogue. In: **Brooklyn Law Review**. New York: New York University School of Law, 2006. p. 44.

²⁵⁴ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the normativa potential of theories of constitutional dialogue. In: **Brooklyn Law Review**. Op Cit., p. 50.

²⁵⁵ GODOY, Miguel. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. 2015. 266 f. Tese de Doutora em Direito – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 157.

²⁵⁶ SILVA, Cecília de Almeida, MOURA, Francisco, VIEIRA, José Ribas, TAVARES, Rodrigo de Souza, VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. Curitiba: Juruá. 2010. p. 98.

Tal perspectiva de interação dialógica se desenvolveu especialmente no Canadá a partir dos estudos de Peter Hogg e Alison Bushell²⁵⁷. A Carta de Direitos e Liberdades de 1982 provocou uma forte alteração no arranjo institucional canadense. Até aquele momento, apenas o Parlamento era autorizado a declarar e regular os direitos, não havendo nenhum instrumento normativo de *status* constitucional que autorizasse o Judiciário a apreciar questões de direitos²⁵⁸. A *Charter of Rights and Freedoms* alterou esse panorama ao alocar os direitos em um plano hierárquico superior e reposicionar o Judiciário na estrutura de poderes, permitindo-lhe revisar as restrições promovidas pelos legisladores no âmbito de eficácia dos direitos²⁵⁹.

Antes de se analisar a interação dialógica promovida no arranjo institucional canadense, é importante ressaltar que o reposicionamento do Judiciário dentro do sistema de poderes daquele país não resultou na adoção de modelo de *judicial review* semelhante ao estadunidense. Os debates sobre a reforma institucional foram permeados por uma grande preocupação com as objeções democráticas direcionadas aos modelos de controle judicial de constitucionalidade forte²⁶⁰. Por essa razão, criou-se um modelo de jurisdição constitucional alternativo que alia o controle judicial de constitucionalidade com o poder de veto do Legislativo. Assim, a Seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades trouxe a previsão do *override*²⁶¹, instrumento normativo que concede ao Parlamento (central ou das províncias) a capacidade de reeditar texto legislativo que limita um direito consagrado na Carta canadense e que já tenha sido analisado e rejeitado pela Corte constitucional daquele país²⁶².

Trata-se de um mecanismo normativo, disponível ao Parlamento, capaz de repelir a decisão judicial que invalidou ato normativo aprovado pelos parlamentares. A lei fruto do *override* nasce com uma limitação temporal de validade de cinco anos, ou seja, o ato normativo só terá validade nos primeiros cinco anos de sua aprovação. Porém, se for vontade do Parlamento que a lei prevaleça mesmo após a transposição desse quinquênio, é necessário que

²⁵⁷ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 361.

²⁵⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 267 f. Tese de Doutorado em Ciência Política – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008. p. 152.

²⁵⁹ Ibid., p. 152.

²⁶⁰ SILVA, Cecília de Almeida, MOURA, Francisco, VIEIRA, José Ribas, TAVARES, Rodrigo de Souza, VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. Curitiba: Juruá. 2010. p. 61.

²⁶¹ Também conhecido como *notwithstanding clause*.

²⁶² SILVA, Cecília de Almeida, MOURA, Francisco, VIEIRA, José Ribas, TAVARES, Rodrigo de Souza, VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. Op. Cit., p. 62.

os parlamentares a aprovem uma vez mais na forma da Seção 33²⁶³. Em suma, a cláusula do *override* funciona como uma válvula de escape que permite ao legislador se impor frente à decisão judicial que o desagrade, afastando, com isso, o temor de haver a institucionalização da supremacia judicial no Canadá.

Em que pese a sua inovação, a cláusula do *override* não se mostrou, na prática institucional canadense, o instrumento mais usual para promover uma interação dialógica entre Corte e Parlamento, sendo mais relevante pelo seu potencial de reconfiguração das relações institucionais²⁶⁴²⁶⁵. Nos mais de 30 anos da existência da Carta de Direitos, o instrumento quase não foi usado, muito em razão do alto custo político e simbólico que a sua operacionalização pode trazer ao legislador²⁶⁶. Além disso, o *override* não é um instrumento dialógico voltado para a construção de um diálogo substantivo entre Corte e Parlamento, no qual cada instituição contribui com a sua expertise. Na realidade, a Seção 33 da Carta canadense prevê uma forma de diálogo voltado para o controle exercido pelo Parlamento sobre a Corte, aproximando-se da concepção dialógica de Michael Perry²⁶⁷.

Além da cláusula *override*, outro instrumento previsto na Seção 1 da Carta de Direitos canadense que permite a interação dialógica entre Corte e Parlamento é a *limitation clause*²⁶⁸. Por meio desta, o legislador pode restringir direitos de acordo com limites razoáveis e justificáveis²⁶⁹. Se, todavia, as restrições legislativas forem excessivas ou irrazoáveis, a Corte constitucional pode declarar a sua inconstitucionalidade, apontando as razões que a levaram a concluir que o Parlamento foi longe demais na limitação dos direitos. Peter Hogg e Alison Bushell, por meio de um levantamento empírico dos casos em que a Corte canadense declarou

²⁶³ SILVA, Cecília de Almeida, MOURA, Francisco, VIEIRA, José Ribas, TAVARES, Rodrigo de Souza, VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. Curitiba: Juruá. 2010. p. 63.

²⁶⁴ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter isn't such a bad thing after all). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1612&context=ohlj>>. Acesso em 27 de out. de 2016. p. 83.

²⁶⁵ A cláusula do *override* foi aplicada apenas na província de Quebec, e uma única vez, para reverter o julgamento da Corte constitucional exarado no caso Ford v. Quebec ([1988] 2 S.C.R. 712).

²⁶⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 267 f. Tese de Doutorado em Ciência Política – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008. p. 153.

²⁶⁷ Nesse sentido, Christine Bateup elenca a cláusula do *override* como um exemplo da primeira perspectiva das teorias dialogais dos princípios jurídicos que focam na interação entre Corte e Parlamento resultante do controle exercido pelos legisladores sobre os juízes.

²⁶⁸ SILVA, Cecília de Almeida, MOURA, Francisco, VIEIRA, José Ribas, TAVARES, Rodrigo de Souza, VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. Curitiba: Juruá. 2010. p. 62.

²⁶⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. Op Cit., p. 153.

a inconstitucionalidade de uma lei, constataram que, na maioria absoluta desses casos, o Parlamento editou algum tipo de resposta à decisão judicial²⁷⁰.

Nesse sentido, Hogg e Bushell demonstram que normalmente após a decisão da Corte constitucional, que rejeita ato normativo por entender ser ele restritivo demais a um direito, o Parlamento edita uma nova lei que visa os mesmos objetivos políticos da lei anteriormente declarada inconstitucional, mas que adota meios menos restritivos ao direito nela tratado²⁷¹. Por esse caminho, o Parlamento consegue atingir os objetivos políticos reclamados pela sociedade, sem sacrificar, demasiadamente, os direitos consagrados na Carta de 1982.

Desse modo, cada instituição contribui de uma forma particular para a definição da melhor forma de conciliar os valores individualistas da Carta de Direitos e a realização das políticas públicas reclamadas pela sociedade²⁷². A Corte, com a sua maior capacidade institucional para lidar com os princípios estabelecidos na Carta, contribui para a construção de soluções legislativas mais íntegras ao inserir considerações de princípio no debate legislativo²⁷³. O Legislativo, por sua vez, pode editar novo ato normativo visando os mesmos objetivos políticos, só que através de outros meios, demonstrando à Corte a razoabilidade das restrições promovidas pela nova lei²⁷⁴.

Apesar disso, Hogg e Busheell entendem que a superação da decisão judicial pelo Parlamento por meio de legislação ordinária não pode ser realizada em qualquer situação. Os autores sustentam que quando a Corte declara que o objetivo político perseguido na legislação impugnada é inconstitucional, não pode o Parlamento editar nova lei visando os mesmos objetivos²⁷⁵. Ou seja, não pode o Parlamento se valer da *limitation clause* para reeditar lei cujo objetivo já foi declarado inconstitucional pela Corte. Dessa maneira, a teoria de diálogos proposta por Hogg e Busheell se operaria apenas nas hipóteses em que a Corte constitucional invalidasse o ato normativo por entender que o Parlamento utilizou um meio inválido para perseguir um objetivo válido. Para os casos em que a Corte declarasse inconstitucional o próprio objetivo da lei, o único caminho disponível ao Parlamento seria a utilização da *notwithstanding clause*²⁷⁶.

²⁷⁰ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter isn't such a bad thing after all). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

²⁷¹ Ibid., p. 84-85.

²⁷² Ibid., p. 105.

²⁷³ Ibid., p. 79.

²⁷⁴ Ibid., p. 79.

²⁷⁵ Ibid., p. 93-94.

²⁷⁶ Ibid., p. 95.

Tem-se aqui uma diferença entre as teorias de construção coordenada e as teorias de princípios jurídicos. Em virtude da inexistência de uma hierarquia entre os intérpretes da Constituição, a concepção da construção coordenada permite que o legislador supere a decisão de inconstitucionalidade da Corte por meio de lei ordinária, mesmo quando a Corte tenha declarado inconstitucional os objetivos perseguidos pela lei. Já nas teorias de princípios jurídicos, em que o Judiciário usufrui de um papel interpretativo superior ao do Legislativo no campo da interpretação constitucional, a reação legislativa não pode ultrapassar os limites impostos pela Corte constitucional, ou seja, os Parlamentos podem tratar dos meios aptos a realizar os objetivos considerados constitucionais pela Corte, mas nunca reiterar objetivos já reputados inconstitucionais por ela²⁷⁷. O problema dessa segunda visão das teorias dos princípios, segundo Bateup, reside no fato dela ser centrada na figura do Judiciário, conferindo a ele uma capacidade superior para lidar com o conteúdo da Constituição, e deixando em segundo plano as interpretações constitucionais dos demais poderes²⁷⁸.

Outra perspectiva dialogal incluída por Bateup na abordagem estrutural dos diálogos é a da teoria de equilíbrio. Assim como as teorias da construção coordenada, essa concepção compreende que o Judiciário não possui uma capacidade superior para interpretar a constituição. Dessa forma, a interpretação constitucional levada a cabo pelos juízes seria apenas mais uma etapa dentro do processo contínuo de definição do sentido da constituição. Mas, as teorias de equilíbrio se afastam da construção coordenada por abrirem espaço para que as instituições interajam por meio de um processo deliberativo, fundado numa persuasão interinstitucional, em que os atores judiciais e não judiciais se mostram dispostos a aprender, debater, adaptar e modificar as suas visões sobre a constituição²⁷⁹.

Por conseguinte, o diálogo, nessa perspectiva, não busca instaurar uma disputa entre as instituições para saber qual tem a melhor interpretação – como faz a construção coordenada –, pelo contrário, procura promover uma interação deliberativa em que o significado da constituição é fruto de um intercâmbio de argumentos entre as instituições²⁸⁰. Embora as teorias de equilíbrio incluam também a atuação da sociedade no debate constitucional – perspectiva que foge do plano de estudo deste trabalho – elas são importantes pelo fato de apresentarem um

²⁷⁷ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 365.

²⁷⁸ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. In: **Brooklyn Law Review**. New York: New York University School of Law, 2006. p. 49.

²⁷⁹ Ibid., p. 60.

²⁸⁰ Ibid., p. 64.

modelo dialógico não mais centrada no método adversarial, mas na persuasão argumentativa entre os intérpretes da constituição. A crítica dirigida por Bateup a esse conjunto de teorias é que elas não apresentam, de forma clara, quais os meios institucionais aptos a promover essa forma de diálogo em sistemas constitucionais diversos do estadunidense²⁸¹.

Outro conjunto de teorias que se baseiam em um diálogo pautado pela persuasão interinstitucional são as teorias da parceria. Todavia, diferente das teorias de equilíbrio, essa perspectiva não incluiu o povo como um participante do diálogo, e foca suas atenções, essencialmente, nos mecanismos institucionais dispostos aos poderes para a promoção dos diálogos constitucionais. As teorias de parceria reconhecem que o Judiciário tem uma maior expertise para lidar com questão de princípio. Contudo, disso não resulta uma superioridade da sua interpretação constitucional sobre a dos demais poderes²⁸². Na realidade, as teorias de parceria buscam somar essa expertise judicial à expertise do Legislativo na criação de leis e políticas públicas para, por meio de uma interação operacionalizada pelos mecanismos institucionais, os poderes se envolvam um diálogo deliberativo sobre o significado da Constituição²⁸³. Desse modo, as teorias da parceria defendem que Parlamento e Corte contribuem para a definição do sentido da constituição de diferentes formas, por meio do exercício das suas competências e do uso dos instrumentos normativos disponíveis a eles²⁸⁴.

Christine Bateup entende que as teorias de parceria são incompletas por focarem, exclusivamente, na interação dialogal entre os poderes e não envolver a sociedade como partícipe do diálogo²⁸⁵. Para corrigir essa deficiência, Bateup elabora a sua própria teoria – intitulada fusão dialógica – na qual a autora une elementos das teorias de parceria com elementos das teorias de equilíbrio. Bateup aponta que a preocupação com os instrumentos normativos promovedores dos diálogos é importante, porém a inclusão da sociedade no debate constitucional também se mostra necessária.

Assim, a teoria de Bateup alia o debate constitucional realizado entre instituições e povo, defendido pelas teorias de equilíbrio, à preocupação com os mecanismos institucionais das teorias de parceria²⁸⁶. Nessa perspectiva, a interpretação final da constituição seria resultado

²⁸¹ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the normativa potential of theories of constitutional dialogue. In: **Brooklyn Law Review**. New York: New York University School of Law, 2006. p. 68.

²⁸² BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the normativa potential of theories of constitutional dialogue. In: **Brooklyn Law Review**. New York: New York University School of Law, 2006. p. 67.

²⁸³ Ibid., p. 75.

²⁸⁴ Ibid., p. 70.

²⁸⁵ Ibid., p. 76.

²⁸⁶ Ibid., p. 77.

de uma combinação de diferentes perspectivas institucionais, extraída de um processo em que os poderes e o povo ouviriam argumentos lançados pelo outro intérprete da constituição e aprenderiam com a interpretação constitucional diversa²⁸⁷.

O trabalho de Christine Bateup tem o mérito de demonstrar que existem modelos alternativos ao modelo de supremacia judicial. Além disso, o seu estudo permite que se tenha uma visão global de todas as teorias dialógicas e os diferentes modelos por elas defendidos. A diferenciação entre os modelos dialogais pautados pelo método adversarial e aqueles centrados em um processo deliberativo em que Corte e Parlamento se mostram dispostos a debater, escutar e construir, conjuntamente, o significado da Constituição, também é relevante e será essencial para a compreensão das formas pelas quais o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal podem interagir de forma dialógica na construção do significado da Constituição de 1988. Porém, antes de se partir para o contexto brasileiro, incumbe ainda demonstrar a superioridade das teorias dialogais frente à supremacia judicial.

4.2. A Superioridade Normativa das Teorias Dialogais em face da Supremacia Judicial

Em pese as deficiências decorrentes da supremacia judicial na interpretação constitucional já terem sido objeto de análise neste trabalho, convém reprisá-las para que se possa demonstrar a superioridade dos modelos dialogais. Conforme anteriormente salientado, os modelos de supremacia possuem deficiências que causam problemáticas às democracias constitucionais. Em primeiro lugar, a dificuldade de reversão dos precedentes da Corte, retira dos sistemas políticos democráticos, a capacidade de autocorreção, haja vista que as decisões equivocadas ou problemáticas da Corte se manterão vigentes até o momento em que ela própria decida alterá-las²⁸⁸. Ademais, em constituições analíticas como a brasileira e recheadas de dispositivos que tratam de questões moralmente controvertidas, o engessamento da interpretação constitucional inviabiliza a promoção de um amplo diálogo sobre a interpretação dessas normas indeterminadas e impede novas experimentações interpretativas na dinâmica social²⁸⁹.

²⁸⁷ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the normativa potential of theories of constitutional dialogue. In: **Brooklyn Law Review**. New York: New York University School of Law, 2006. p. 78.

²⁸⁸ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 369.

²⁸⁹ Ibid., p. 808.

Nunca é demais lembrar que não há nenhuma garantia de que a interpretação judicial será a que mais privilegiará a efetividade dos direitos fundamentais, como ficou demonstrado em *City of Bourne v. Flores* ou nas recentes decisões do STF que restringiram a aplicabilidade da presunção de inocência²⁹⁰. Desta forma, ao se adotar a supremacia do Judiciário e impedir que as decisões judiciais sobre direitos fundamentais sejam contestadas por reações legislativas, estar-se-á tornando imutável tanto as interpretações judiciais da Corte consagradoras de direitos quanto as que restringem desproporcionalmente a esfera de efetividade deles²⁹¹.

Em segundo lugar, a adoção da supremacia judicial em um contexto político donde vigora um profundo processo de judicialização da política, como no sistema político brasileiro, pode gerar um expressivo problema de *responsividade* popular, pois se todas as questões relevantes são judicializadas, e as decisões da Suprema Corte em matéria constitucional são finais, acabará que o Judiciário irá decidir, em caráter final, praticamente todas as controvérsias relevantes da sociedade, sem que ao povo seja reconhecido qualquer tipo de mecanismo de controle²⁹².

Disso decorre também o desengajamento dos poderes políticos nos debates constitucionais, haja vista que todas as questões controvertidas que conflitem minimamente com a constituição, serão levadas ao Judiciário para que ele apresente a solução final, independentemente da manifestação do Legislativo. Outro fator que desmotiva os legisladores a enfrentarem questões constitucionais é a impossibilidade de realizarem um controle efetivo sobre a atuação do Judiciário. Com efeito, se é vedado ao Legislativo reagir à interpretação constitucional levada a cabo pela Corte constitucional, não há como ele exercer qualquer tipo de controle sobre a atuação do órgão judicial, o que o deixa refém das deliberações constitucionais dos juízes.

Consequentemente, surge outra deficiência da supremacia judicial que é a isenção de responsabilidade do Judiciário em face da sua atuação enquanto intérprete da Constituição. Na medida em que é vedado aos poderes políticos exercer qualquer tipo de controle normativo sobre a interpretação judicial da Constituição, os juízes da Corte constitucional deixam de se preocupar com a constitucionalidade dos seus próprios atos, afinal nenhum poder ira questioná-los ou atacá-los. Essa é a opinião de Conrado Hübner Mendes, para quem “*a cultura do*

²⁹⁰ STF, HC 126.292, Pleno, Rel: Min. Teori Zavaski, julgado em 17/02/2016, DJ 17/05/2016.

²⁹¹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 371.

²⁹² Ibid., p. 369.

*guardião não é prejudicial apenas porque rejeita a participação genuína do legislador na formulação do significado constitucional, mas também porque lhe confere uma isenção de responsabilidade. Numa posição cômoda, não precisa preocupar-se com a constitucionalidade de seus próprios atos”*²⁹³

Por fim, a concepção da supremacia judicial impõe ao legislador uma interpretação final que encontra divergência mesmo dentro da própria Corte constitucional. Na grande maioria das vezes em que o Judiciário tem que decidir uma questão controversa em matéria constitucional, a decisão final não é unânime. Assim, ao se adotar o signo da supremacia, vincula-se o legislador a uma interpretação constitucional que não encontrou unanimidade nem mesmo dentro da própria Corte. Ademais, ao acorrentar o Legislativo à interpretação judicial majoritária, desconsidera-se a importância da interpretação da corrente minoritária da Corte que pode encontrar maior aceitação no Parlamento e na sociedade.

As teorias dialogais têm o mérito de solucionarem, ou ao menos, minimizarem as deficiências decorrentes da concepção da supremacia judicial. A superioridade do diálogo sobre a supremacia funda-se em quatro premissas básicas: (i) a falibilidade judicial; (ii) a reação legislativa; (iii) a última palavra provisória; (iv) e a rodada procedimental²⁹⁴. Os diálogos constitucionais partem do pressuposto de que nenhuma instituição é infalível no processo de interpretação da Constituição. O erro é algo esperado e natural dentro de um sistema democrático plural. A deficiência da concepção da supremacia judicial é que ela concede a supremacia interpretativa da Constituição a uma única instituição democrática, legitimando as suas decisões independentemente do acerto ou erro. Isso acaba por maximizar as consequências da decisão judicial errônea, pois obriga os demais atores institucionais a aceitá-la além de retirar deles a capacidade de corrigi-la²⁹⁵.

A interação dialógica corrige essa problemática ao permitir que os poderes representativos reajam às decisões judiciais que consideram errôneas. Com isso, a eventual interpretação deficiente do Judiciário é minimizada pela possibilidade do Parlamento corrigi-la ou aperfeiçoá-la. A minimização do erro, portanto, decorre da interação deliberativa, por meio

²⁹³ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 267 f. Tese de Doutorado em Ciência Política – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008. p. 232.

²⁹⁴ Termo utilizado por Conrado Hübner Mendes para se referir ao processo contínuo de interação entre os intérpretes da Constituição na tarefa de construção dos significados constitucionais (...)

²⁹⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 267 f. Tese de Doutorado em Ciência Política – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008. p. 174.

da qual Corte e Parlamento apresentam à esfera pública de debate as suas razões, ao mesmo tempo que rebatem os argumentos lançados pela outra instituição, em um processo contínuo de interação²⁹⁶. Esse debate argumentativo entre os poderes tende a instigar Corte e Parlamento a aperfeiçoarem cada vez mais as suas decisões, a fim de evitar que o outro poder consiga superá-las²⁹⁷.

Há, portanto, uma alteração no critério de legitimidade das decisões políticas. Lembre-se que na concepção da supremacia judicial, as decisões judiciais gozavam de uma legitimidade *ex ante* por ser meramente fruto da deliberação do intérprete autêntico da Constituição. Nos modelos dialogais, por sua vez, em razão da possibilidade do Legislativo reagir as decisões da Corte constitucional quando estas se mostrarem deficientes ou frágeis, a legitimidade das decisões pode residir no procedimento – teorias da construção coordenada – ou nos argumentos utilizados por cada instituição – teorias de equilíbrio e de parceria²⁹⁸. Nesse sentido é o entendimento de Conrado Hübner Mendes ao sustentar que *“a legitimidade não é somente produto de uma receita abstrata e ex ante da separação dos poderes, mas depende do desempenho que as instituições consigam atingir (perspectiva ex post)”*²⁹⁹.

Assim, a depender do modelo dialógico adotado, a interpretação constitucional que prevalecerá será a subscrita em um instrumento normativo superior – interação do tipo adversarial – ou a fundada nos melhores argumentos públicos – interação centrada na deliberação argumentativa. Tal conclusão se coaduna com a ideia de Keith Whittington que afirma que *“O significado da constituição não pode ser compreendido como algo previamente determinado. Ele precisa ser conquistado, e conquistado dentro da política”*³⁰⁰. Todavia, a interpretação vencedora não se revestirá com o véu da imutabilidade como se daria no modelo de supremacia. Pelo contrário, as teorias dialogais defendem que o debate sobre o sentido dos dispositivos constitucionais pode ser reaberto pelas instituições quando a interpretação anterior não se mostrar mais capaz de enfrentar os novos dilemas da sociedade.

²⁹⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 267 f. Tese de Doutorado em Ciência Política – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008. p. 213.

²⁹⁷ Ibid., p. 213.

²⁹⁸ Ibid., p. 201.

²⁹⁹ Ibid., p. 181.

³⁰⁰ Tradução livre do trecho: *“The meaning of a constitution cannot be taken for granted. It must be won, and it must be won within politics”*. WHITTINGTON, Keith. *Constitutional Constraints in Politics*. The Supreme Court and the Idea of Constitutionalism. Philadelphia. University of Pennsylvania Press, 2009. p. 19. Disponível em: <http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/law-theory-workshop/files/Constitutional%20Constraints%20in%20Politics.pdf> . Acesso em: 28 de out. de 2016.

Disso extrai-se talvez o maior mérito dos diálogos constitucionais que consiste em reconhecer que a construção do sentido da Constituição não é um processo estanque, mas flutuante, em que as instituições podem reabrir a discussão constitucional sobre o sentido da Constituição— nos dispositivos que permitam a extração de mais de um significado — com o intuito de moldá-lo à nova realidade social³⁰¹. Porém, isso não quer dizer que nunca haverá uma estabilidade na interpretação constitucional. Isso porque o processo dialógico entre Corte e Parlamento não se dá de forma ininterrupta, mas em estágios ou rodadas procedimentais³⁰²³⁰³.

Explica-se: quando o Judiciário ou o Legislativo decidem determinada questão constitucional controversa com base em uma leitura particular da Constituição, eles devem apresentar argumentos na sua decisão que justifiquem tal leitura. Se esses argumentos não convencerem os demais intérpretes da Constituição, eles podem se mobilizar e proferir decisão superadora da interpretação constitucional pretérita, seja por meio da utilização de um instrumento normativo de maior autoridade — emenda à Constituição por exemplo — ou se utilizando de argumentos capazes de demonstrar à Corte o porquê da leitura anterior não ser satisfatória.³⁰⁴.

Na sequência, o poder que prolatou a decisão inicial pode analisar novamente a questão controversa ou acatar a deliberação do outro poder. Apesar disso, se optar por apreciar a questão mais uma vez, ele será forçado a levar em conta os argumentos levantados pelo outro poder a fim de evitar que a sua decisão seja novamente atacada. Isso, ao final, resultará na elaboração de uma interpretação constitucional mais consensual e, por consequência, mais forte.

Dessa forma, a rodada procedimental encerrasse ou com interpretação subscrita no instrumento normativo de maior autoridade — em um modelo dialógico pautado pelo método adversarial — ou com uma decisão mais consensual, fruto da interação argumentativa entre Corte e Parlamento, nos modelos dialógicos centrados na deliberação e persuasão interinstitucional.

³⁰¹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 267 f. Tese de Doutorado em Ciência Política – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008. p. 193.

³⁰² Ibid., p. 174.

³⁰³ Tal noção também é adotada por Rodrigo Brandão. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 381.

³⁰⁴ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. In: **Brooklyn Law Review**. Op Cit., p. 12.

Posteriormente, se os demais atores institucionais e sociais compreenderem que essa interpretação tornou-se obsoleta frente às mudanças sociais, eles podem iniciar mais uma rodada procedimental. Logo, as ideias de rodadas procedimentais e última palavra provisória ao mesmo tempo em que garantem uma estabilidade no campo da interpretação constitucional, também não fecham a porta para o surgimento de novos fatores que podem levar à alteração do sentido da Constituição³⁰⁵.

As características expostas até agora das teorias dialogais apresentam soluções para todas as deficiências anteriormente apontadas da supremacia judicial: (i) dificuldade de superação das decisões judiciais; (ii) engessamento da interpretação constitucional; (iii) inexistência de um controle popular sobre as decisões judiciais; (iv) isenção de responsabilidade do Judiciário; (v) imposição de interpretações constitucionais não unânimes; (vi) desconsideração dos votos judiciais divergentes.

A possibilidade de reversão normativa das decisões das Cortes constitucionais pelo Legislativo – reconhecida, em diferentes níveis, por todas as teorias estruturais do diálogo – elimina a problemática quanto à superação das decisões judiciais. Isso porque na hipótese de o Legislativo discordar da interpretação constitucional da Corte, ele pode respondê-la por meio de um ato normativo, seja para superá-la ou para corrigi-la. Com isso, os legisladores não ficam mais vinculados às decisões judiciais que considerarem errôneas, pois é reconhecido a eles a capacidade de superá-las. Da mesma forma não se visualiza mais o engessamento da interpretação constitucional na medida em que o Judiciário deixa de ser o intérprete final da Constituição e o legislador é chamado para auxiliar na construção do sentido do texto constitucional.

Nos modelos dialogais pautados na deliberação argumentativa, exige-se que Corte e Parlamento, na hora de formular a sua decisão sobre a controvérsia constitucional, leve em conta os argumentos lançados pela outra instituição, seja para acatá-los ou seja para rebatê-los. Com isso, constrói-se um modelo de decisão mais qualificado que tende a produzir decisões melhores, a estimular consensos políticos e a garantir segurança jurídica³⁰⁶.

³⁰⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 267 f. Tese de Doutorado em Ciência Política – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008. p. 174.

³⁰⁶ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 381.

Portanto, nos modelos dialogais, a produção do sentido da Constituição deixa de ser tarefa meramente do Judiciário para ser também atribuição dos outros agentes políticos que, através do Legislativo, podem canalizar a sua descontentação³⁰⁷. Assim, abre-se espaço para que os agentes políticos apresentem suas considerações sobre o significado da Constituição ou adotem a posição minoritária apresentada na Corte, iniciando, com isso, uma nova rodada procedimental que, ao final, poderá resultar na alteração da interpretação constitucional.

O modelo dos diálogos constitucionais permite também que o povo exerça um controle sobre a atuação do Judiciário por meio dos poderes representativos, o que alivia as objeções democráticas e o problema da responsividade popular. Nesse sentido, Clèmerson Merlin Clève e Bruno Lorenzetto asseveram que *“o diálogo seria uma garantia de que os ramos do Poder que precisam periodicamente prestar contas de suas atividades para os seus eleitores, respondam às decisões judiciais com as quais eles não concordam”*³⁰⁸.

O Parlamento, assim, funcionaria como um canal em que a população poderia manifestar o seu descontentamento com uma determinada decisão judicial da Corte constitucional, e, a partir disso, pressionar os legisladores a editarem um ato normativo capaz de corrigir a decisão judicial desviante.

Em um sistema institucional que favorece a judicialização da política, como o brasileiro, a existência de mecanismos normativos de superação das decisões judiciais pelo legislador torna-se ainda mais necessária. Como já ressaltado, a incidência deste fenômeno tende a levar todas as questões constitucionais controversas de uma sociedade para a apreciação dos órgãos judiciais. Sem uma interação dialógica, os juízes decidiriam todas as questões fundamentais afetas à sociedade, sem que se desce a ela a possibilidade de exercer qualquer tipo de controle. Com o modelo dialogal, a controvérsia não se encerra com a decisão da Corte, sendo possível que a população reaja à decisão judicial através dos poderes representativos³⁰⁹.

Desse modo, fica evidente que o modelo dialogal promove, de uma melhor forma, o autogoverno do povo em comparação aos modelos de supremacia, na medida em que permite que os atores sociais apresentem suas compreensões sobre determinada questão constitucional perante o Judiciário e o Legislativo, além de reduzir a possibilidade de haver a atuação de

³⁰⁷ CLÈVE, Clèmerson M.; LORENZETTO, Bruno. Diálogos Institucionais: estrutura e legitimidade. In: CLÈVE, Clèmerson M.; LORENZETTO, Bruno. **Governo Democrático e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte. Editora Fórum, p. 125-147, 2016. p. 140.

³⁰⁸ Ibid., p. 140.

³⁰⁹ Ibid., p. 141.

apenas um departamento estatal na construção do significado da Constituição³¹⁰. O controle político da atuação dos juízes constitucional pelo Legislativo afasta também a deficiência relativa à isenção da responsabilidade do Judiciário quanto a constitucionalidade dos seus atos.

A possibilidade de o legislador superar a decisão tomada pela Suprema Corte, na hipótese dos argumentos lançados por ela não serem suficientemente fortes e convincentes, tende a gerar uma maior preocupação dos membros da Corte com a constitucionalidade dos seus atos e de suas interpretações. Assim, a fim de evitar que as suas decisões sejam objeto de ataques dos legisladores, é provável que os juízes constitucionais passem a agir de forma mais estratégica, adotando posições não tão destoantes da literalidade do texto constitucional e proferindo decisões mais consensuais³¹¹.

Por tudo que foi exposto, acredita-se que o modelo dialogal é o que melhor se adequa às exigências de uma sociedade democrática e plural, pois (i) potencializa o autogoverno do povo; (ii) permite um maior controle popular sobre os poderes; (iii) favorece a adequação do sentido da Constituição à realidade social; e (iv) produz interpretações constitucionais mais fortes e consensuais sobre os direitos fundamentais e os dispositivos constitucionais indeterminados. Resta saber se a interação dialógica se adequa às características do regime constitucional brasileiro e de forma o Congresso Nacional pode interagir com STF na construção do significado da Constituição de 1988.

4.3. Os Diálogos Constitucionais no Brasil: os mecanismos de superação normativa das decisões constitucionais do STF

A transposição do modelo de decisão dialogal entre Corte e Parlamento para o sistema constitucional brasileiro enfrenta, de pronto, uma suposta incompatibilidade, seja pelo disposto no artigo 102, *caput*, da Constituição Federal que, para alguns, evidencia a adoção do elemento da supremacia judicial pelo constituinte³¹², seja pelo desenho procedimental exposto no texto

³¹⁰ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 381.

³¹¹ CLÈVE, Clèmerson M.; LORENZETTO, Bruno. Diálogos Institucionais: estrutura e legitimidade. In: CLÈVE, Clèmerson M.; LORENZETTO, Bruno. **Governo Democrático e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte. Editora Fórum, p. 125-147, 2016. p. 141.

³¹² O grupo de estudos coordenado pelos professores José Ribas Vieira e Vanice Regina do Valle aponta para a objeção relativa ao disposto no artigo 102, *caput*, da Constituição. O grupo ainda faz referência a uma objeção quanto a ausência de uma estrutura política mais afeita à supremacia parlamentar. Todavia, como eles mesmos ressaltam, tal argumento não apresenta como um impedimento à implementação do diálogo. ILVA, Cecília de

constitucional que concede, supostamente, a última palavra ao STF no controle das leis e das emendas constitucionais³¹³. O primeiro obstáculo aventado é de fácil superação. Dispõe o artigo 102, *caput*, da Constituição Federal que compete, precipuamente, ao STF a guarda da Constituição.

Poder-se-ia tentar extrair desse dispositivo constitucional uma interpretação que defendesse a inserção, pelo constituinte, do elemento da supremacia judicial no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Todavia, como muito bem ressalta Marcelo Casseb Continentino “a guarda da Constituição cabe precipuamente ao Supremo Tribunal Federal, e não exclusiva ou privativamente”³¹⁴. Nesse sentido, a Constituição reserva ao Judiciário um papel de destaque no campo da interpretação constitucional, mas isso não exclui a possibilidade dos demais poderes participarem ativamente da construção do significado final da Constituição.

Ademais, o grupo de estudos coordenado pelos professores José Ribas Vieira e Vanice Regina do Valle aponta para o fato de que o dispositivo constitucional aventado não define a forma pela qual o STF deve proteger o texto constitucional. O Tribunal pode se autoproclamar o intérprete autêntico da Constituição e chamar apenas para si a responsabilidade de ditar o sentido final do texto constitucional, ou pode promover – por meio de uma condução estratégica do Tribunal – um processo dialógico, instigando o Legislativo e as demais instâncias sociais a participarem do processo de construção do sentido constitucional³¹⁵. Portanto, o artigo 102, *caput*, da Constituição não fecha as portas para o diálogo constitucional, pelo contrário deixa em aberto a possibilidade de Supremo e Congresso atuarem de forma interativa na interpretação da Constituição.

O segundo obstáculo se refere ao desenho procedimental adotado pela Constituição. Conrado Hübner Mendes ressalta que, do ponto de vista procedimental, o regime constitucional pós-1988 concedeu a última palavra provisória ao STF, uma vez que incluiu no seu rol de competência a apreciação da constitucionalidade não apenas das leis ordinárias e

Almeida, MOURA, Francisco, VIEIRA, José Ribas, TAVARES, Rodrigo de Souza, VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. Curitiba, Juruá, 2010, p. 113-114.

³¹³ Essa objeção é ressaltada por Conrado Hübner Mendes quando da análise do circuito decisório formal adotado na Constituição Federal. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 267 f. Tese de Doutorado em Ciência Política – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008. p. 227-228.

³¹⁴ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Entre a supremacia constitucional e a supremacia judicial: novos desafios do controle de constitucionalidade no Brasil. In: AGRA, Walber Moura; BRAGA DE CASTRO; Celso Luiz; TAVARES, André Ramos. **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 385-413. p. 391.

³¹⁵ SILVA, Cecília de Almeida, MOURA, Francisco, VIEIRA, José Ribas, TAVARES, Rodrigo de Souza, VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. Op. Cit., p. 114.

complementares, mas também das emendas constitucionais³¹⁶. Assim, do ponto de vista procedimental, a interpretação constitucional sempre seria apresentada pelo Supremo, mesmo nas hipóteses em que o Congresso Nacional conseguisse reunir maioria qualificada para aprovar emenda à Constituição³¹⁷.

Por outro lado, o próprio professor de Direito Constitucional da USP apresenta o contra-argumento à essa objeção ao demonstrar que a visão voltada meramente para o procedimento é pouco realista, pois não dá a devida atenção às negociações argumentativas informais que ocorrem entre os poderes e à persuasão interinstitucional³¹⁸. Sendo assim, embora o desenho procedimental da Constituição Federal conceda a última palavra provisória ao STF – em razão da possibilidade de se questionar a constitucionalidade de emendas constitucionais – é possível que, ao final, o Congresso Nacional seja quem determine a interpretação final da Constituição.

Para que isso ocorra é necessário que o Congresso apresente argumentos capazes de convencer o STF de que a sua interpretação é a que melhor relaciona a controvérsia analisada e a norma constitucional interpretada³¹⁹. Nesse ponto, é importante deixar clara a distinção realizada por Hübner Mendes entre a concepção dialógica voltada para o procedimento e a concepção dialógica centrada na deliberação argumentativa. Para o professor da USP, há dois tipos-ideais de interação dialógica, uma focada na deliberação em que as instituições apresentam argumentos com o objetivo de persuadir as demais – teorias do equilíbrio e teorias da parceria – e outra apoiada na ideia adversarial – teorias da construção coordenada – em que a interpretação final será aquela consubstanciada no instrumento jurídico de maior autoridade, como a emenda constitucional³²⁰.

Segundo Hübner Mendes, o primeiro tipo “*está mais exposto publicamente ao argumento, mais aberto ao reconhecimento do diálogo, e mais disposto ao desafio deliberativo*”³²¹. Já o segundo pressupõe o desacordo inconciliável entre Corte e Parlamento,

³¹⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 267 f. Tese de Doutorado em Ciência Política – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008. p. 228.

³¹⁷ Ibid., p. 227.

³¹⁸ Ibid., p. 228.

³¹⁹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 406.

³²⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 267 f. Tese de Doutorado em Ciência Política – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008. p. 228.

³²¹ Ibid., p. 219.

em que cada instituição tem que se utilizar de um instrumento procedimental mais forte para conseguir impor a sua solução³²². É o que Hübner Mendes chama de braço-de-ferro polarizado³²³. Ambos os tipos de interação promovem um diálogo entre Corte e Parlamento, porém a segunda privilegia a conflito entre as instituições enquanto a primeira se pauta no intercâmbio de argumentos e na persuasão interinstitucional³²⁴. Essa distinção será importante para a compreensão da sequência do trabalho.

Demonstrada a compatibilidade entre os modelos dialogais e o sistema constitucional brasileiro, cabe agora verificar de que forma a interação dialógica entre Supremo e Congresso Nacional tem-se operacionalizado no arranjo constitucional brasileiro. Rodrigo Brandão assevera que o método típico utilizado pelo Congresso Nacional para superar a interpretação constitucional cristalizada em uma decisão do Supremo tem sido a aprovação de uma emenda constitucional³²⁵. Assim se deu na resolução da controvérsia relativa às chamadas “taxas de iluminação pública”. Por reiteradas vezes, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de leis municipais que instituíam esse tipo de tributação, sob o argumento de que a taxa é espécie tributária incidente apenas sobre serviços públicos específicos e divisíveis, e como a iluminação pública não preenchia nem o primeiro e nem o segundo requisito, a sua remuneração não poderia se dar por meio daquela espécie tributária³²⁶.

O entendimento da Corte, embora acertado, retirou da administração municipal uma importante fonte de receita, o que, invariavelmente, desfalcou os cofres municipais. Tal situação fez com que os Municípios pressionassem o Congresso Nacional para que os parlamentares editassem ato normativo capaz de reverter a decisão constitucional do STF. Como resultado, o Congresso aprovou a Emenda Constitucional nº 39/2002 que facultava aos Municípios e ao Distrito Federal a possibilidade de instituírem a contribuição para custeio da iluminação pública.

Nota-se que as decisões do STF tinham vetado qualquer possibilidade de os Municípios instituírem espécie tributária incidente sob a iluminação pública, pois como a

³²² MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 267 f. Tese de Doutorado em Ciência Política – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008. p. 227.

³²³ Ibid., p. 228.

³²⁴ Ibid., p. 228.

³²⁵ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 382.

³²⁶ Súmula Vinculante nº 41: O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.

Constituição autoriza que os entes municipais e estaduais instituam apenas taxas e contribuições de melhoria, não haveria outra forma dos Municípios tributarem a iluminação pública. Dessa forma, a rejeição da Corte foi dirigida ao objetivo das leis municipais e não apenas aos meios eleitos para atingir determinado fim público. Para superar o veto judicial e tornar o objetivo almejado pelos Municípios compatível com o arcabouço constitucional, o Congresso optou por alterar a própria Constituição e ampliar as espécies tributárias disponíveis aos Municípios, o que permitiu a tributação municipal da iluminação pública.

Interação semelhante se deu também no caso da progressividade do Imposto Predial e Territorial Urbano. No julgamento do recurso extraordinário 153.771³²⁷, o Supremo declarou inconstitucional lei municipal que buscava fixar alíquotas progressivas do IPTU com base no valor venal do imóvel. Sustentou a Corte que a Constituição autorizava apenas a progressividade das alíquotas do IPTU para o atendimento da finalidade extrafiscal de adequação do uso da propriedade urbana à sua função social³²⁸. Observa-se que novamente o Tribunal vetou o objetivo das leis municipais, rechaçando a possibilidade de haver a progressividade do IPTU com base no valor venal do imóvel. Para superar a decisão do STF, o Congresso aprovou a Emenda Constitucional nº 29/2000 que alterou o artigo 156 da Constituição Federal para abarcar a hipótese de progressividade do IPTU com base no valor venal do imóvel.

Desse modo, nas duas controvérsias supramencionadas, as decisões do STF declararam inconstitucionais os objetivos visados pelas leis municipais, e o Congresso Nacional, para revertê-las, utilizou-se de um instrumento normativo de maior autoridade, no caso as emendas constitucionais. Disso se extrai a conclusão de que as emendas constitucionais são instrumentos normativos capazes de superar as decisões constitucionais do STF e, com isso, operacionalizar uma interação dialógica entre Corte e Parlamento.

No entanto, em ambos os casos não houve uma interação de argumentos entre STF e Congresso. Isso pode ser explicado pelo fato de que os dispositivos constitucionais em comento não davam muita abertura para a extração de mais de um significado. Por essa razão, houve a necessidade do Congresso se utilizar de um instrumento jurídico de maior autoridade para

³²⁷ STF, RE 153.771, Pleno, Rel: Min. Moreira Alves, DJ 20/11/1996, DP 05/09/1997.

³²⁸ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 382.

superar a decisão do Supremo. O critério de legitimidade da reversão promovida, portanto, se alocou no procedimento e não nos argumentos levantados pelo Parlamento.

Contudo, sob o plano meramente procedimental, as emendas constitucionais não conseguem promover uma interação dialógica entre as instituições em qualquer situação, pois, nas decisões do Supremo fundadas em interpretações das cláusulas pétreas, não seria possível o Congresso superar a decisão judicial nem mesmo por emenda à Constituição. Explica-se: do ponto de vista procedimental, a rodada deliberativa entre STF e Congresso Nacional envolveria, no máximo, quatro fases, (i) o Congresso edita uma lei; (ii) a qual é declarada inconstitucional pelo STF; (iii) segue com a aprovação de emenda constitucional superadora da decisão judicial; (iv) e, na hipótese de a emenda infringir, minimamente, as cláusulas pétreas, termina com nova deliberação do Supremo³²⁹. Consequentemente, se a interação dialógica entre as instituições for pensada apenas sob o ângulo do procedimento, as decisões do STF que se fundamentam na interpretação das cláusulas pétreas, não poderiam ser revertidas pelo Congresso nem mesmo por meio de emenda à Constituição.

Esse foi o raciocínio adotado pelo Ministro Luiz Fux quando se manifestou publicamente sobre a impossibilidade de o Congresso reverter a decisão da Corte sobre as doações eleitorais por pessoas jurídicas, mesmo que a tentativa de superação se desse por emenda constitucional³³⁰. Assim também se deu no caso em que Congresso e STF divergiram sobre a incidência ou não do teto remuneratório sob as vantagens de caráter pessoal. No julgamento da ADI nº 14³³¹ o Supremo fixou o entendimento de que o teto constitucional, previsto no artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal, aplicava-se apenas aos vencimentos do funcionalismo público, não contabilizando as possíveis vantagens pessoais auferidas por cada categoria. Dez anos depois dessa decisão, o Congresso Nacional aprovou a EC nº 19/1998 que incluiu, expressamente, as vantagens de caráter pessoal no limite remuneratório.

Contudo, novamente o STF, pela via interpretativa, afastou a aplicabilidade da nova disposição constitucional ao deliberar, em sessão administrativa realizada em 24.06.1998, que a nova regra do teto, para ter aplicabilidade, necessitava de lei regulamentadora de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, das Casas Legislativas e do STF, conforme determinava

³²⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 267 f. Tese de Doutorado em Ciência Política – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008. p. 227.

³³⁰ Sobre o tema ver a seção 2.3.

³³¹ STF, ADI 14, Tribunal Pleno, Rel: Min. Célio Borja, julgado em 28/09/1989, DJ em 01/12/1989.

a redação do artigo 48, inciso XV, da Constituição Federal³³²³³³. Em nova reação legislativa, o Congresso aprovou a EC nº 41/2003 que suprimiu a exigência de lei de iniciativa conjunta dos chefes dos três poderes e afastou, no seu artigo 9º³³⁴, o argumento de que a aplicação do teto constitucional sob a remuneração dos servidores públicos ativos infringiria a garantia dos direitos adquiridos.

Nota-se que na edição da EC nº 41/2003 o Congresso Nacional acatou os argumentos lançados pelo Supremo Tribunal Federal e suprimiu as objeções constitucionais apontadas pelo Tribunal. Pensava-se que, com isso, não haveria mais argumentos que vetassem a incidência do teto constitucional sobre as vantagens pessoais recebidas pelo funcionalismo público. Todavia, no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.875³³⁵, o Tribunal, por seis votos a cinco, afastou a incidência do teto constitucional sob os rendimentos dos funcionários públicos que recebiam quantias superiores ao teto constitucional antes da promulgação da EC nº 41/2003, por entender que a aplicação global da nova regra do teto ocasionaria uma redução na remuneração dos servidores mais antigos, o que violaria a garantia fundamental do direito adquirido³³⁶.

Portanto, o STF vetou a aplicação da emenda constitucional por meio de uma interpretação ampliativa da garantia fundamental positivada no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal. O que importa ressaltar é que, sob a ótica do desenho procedimental, a controvérsia constitucional atinente à aplicação do teto constitucional teria chegado ao fim com a decisão do Supremo fundamentada em cláusula pétrea, haja vista que não haveria mais nenhum outro instrumento normativo de maior autoridade a disposição do Congresso que o permitisse reverter a interpretação da garantia fundamental levada a cabo pelo Tribunal.

³³² BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 384.

³³³ “Art. 48, inc. XV – fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, §4º, 105, II, 153, III, e 153, §2º, I.

³³⁴ Aplica-se o disposto no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aos vencimentos, remunerações, e subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória percebido cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza.

³³⁵ MS 24875, Tribunal Pleno, Rel: Min: Sepúlveda Pertence, julgado em 11/05/2006, DJ 06/10/2006.

³³⁶ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 385.

Em síntese, embora o reconhecimento de que as emendas constitucionais são capazes de instrumentalizar um diálogo entre Corte e Parlamento seja importante, pois possibilita que o Congresso corrija problemas decorrentes das decisões constitucionais do STF – como efetivamente se deu nos casos da tributação da iluminação pública e da progressividade do IPTU –, tal conclusão não soluciona, por completo, as deficiências decorrentes da supremacia judicial. Como demonstrado na controvérsia do teto constitucional, se a análise da interação entre Corte e Parlamento se restringir ao desenho procedimental previsto na Constituição, as questões constitucionais que envolvam a interpretação das cláusulas pétreas serão sempre solucionadas, em caráter final, pelo Supremo Tribunal Federal³³⁷.

Haveria, com isso, uma cisão dentro da própria Constituição entre dispositivos passíveis de serem interpretados por Corte e Parlamento e dispositivos em que o significado final seria sempre definido pelo Supremo. Por essa razão, incumbe ainda a este trabalho verificar (i) se as emendas constitucionais são os únicos mecanismos normativos passíveis de operacionalizarem os modelos dialogais no Brasil ou se a reversão legislativa da decisão do STF também pode ser instrumentalizada por lei ordinária, e (ii) se há meios normativos do Congresso Nacional superar interpretação judicial das cláusulas pétreas.

A possibilidade de aprovação de leis que revertam decisões judiciais do STF deve ser analisada sob o enfoque de duas hipóteses diferentes: (i) lei ordinária que reverte decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade de lei pretérita por entender serem os meios por ela adotados desproporcionais para atingir o fim almejado; (ii) lei ordinária que busca reverter decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade de objetivo visado por lei pretérita. Há nessa divisão uma clara influência da prática institucional canadense que autoriza os Parlamentos a reeditarem leis apenas nas hipóteses em que a inconstitucionalidade recai sobre os meios eleitos pelo Parlamento para atingir determinado fim³³⁸.

Embora a Constituição Federal não traga, expressamente, a possibilidade de o legislador limitar o âmbito de incidência dos direitos fundamentais – como ocorre na Constituição portuguesa e na Lei Fundamental de Bonn – a jurisprudência do STF consagra

³³⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 267 f. Tese de Doutorado em Ciência Política – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 228.

³³⁸ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter isn't such a bad thing after all). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

essa possibilidade, tanto que adota critérios de aferição da proporcionalidade das restrições estabelecidas por lei ordinária, como a regra da proporcionalidade³³⁹.

Ademais, impera na Corte o entendimento de que as limitações legislativas não podem afetar o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais³⁴⁰. Portanto, o legislador tem competência para definir certos limites razoáveis à eficácia dos direitos fundamentais, semelhantemente ao que ocorre com a *limitation clause*³⁴¹.

Assim, aplicando o modelo dialogal canadense, nas hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade de uma determinada lei por imputá-la como excessivamente restritiva à direito fundamental, pode o Congresso Nacional editar nova lei ordinária regulando a mesma matéria, desde que adota meios menos restritivos ao direito fundamental. Tal dinâmica interinstitucional é um exemplo claro de diálogo em que Corte e Parlamento interagem para chegar a uma solução que não seja tão restritiva à direito fundamental e que seja capaz de atingir o objetivo público visado pelo Parlamento. Um exemplo prático dessa forma de interação entre Corte e Parlamento pode-se dar no caso da cláusula de barreira. No julgamento da ADI nº 1.351³⁴² o Supremo declarou, por unanimidade, a inconstitucionalidade da cláusula de barreira prevista no artigo 13º da Lei nº 9.096/1995, por entender que os critérios elencados nela para que o partido superasse a cláusula eram demasiadamente excessivos e aniquilariam o funcionamento de 22 dos 29 partidos existentes à época do julgamento.

Nota-se que o que foi declarado inconstitucional na decisão foram os critérios eleitos pelo legislador para atingir a cláusula de barreira e não o objetivo em si da lei que visava instituir a cláusula para diminuir o número de partidos políticos existentes no sistema eleitoral brasileiro. Logo, como o objetivo da lei não foi declarado inconstitucional pela Corte, é possível que o Congresso edite uma nova lei prevendo a cláusula de barreira, desde que adote critérios mais razoáveis do que os anteriormente escolhidos. Portanto, a superação das decisões do STF por lei ordinária é autorizada pelo sistema constitucional brasileiro, ao menos nos casos em que a

³³⁹ SILVA, Cecília de Almeida, MOURA, Francisco, VIEIRA, José Ribas, TAVARES, Rodrigo de Souza, VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. Curitiba, Juruá, 2008. p. 115. Para ver mais: ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, 2ª edição, 4ª tiragem. Trad: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

³⁴⁰ Ibid., p. 115.

³⁴¹ Ibid., p. 115.

³⁴² STF, ADI 1351, Pleno, Rel: Min. Marco Aurélio, julgado em 07/12/2006, DJ 30/03/2007.

declaração de inconstitucionalidade atinge apenas os meios adotados na lei para atingir determinado objetivo constitucional³⁴³.

A maior controvérsia, contudo, reside na hipótese de o Congresso editar lei ordinária para reverter decisão do STF que declarou inconstitucional objetivo visado em lei pretérita. A interação dialógica focada meramente no desenho procedimental da Constituição defenderia que tal possibilidade não é compatível com o sistema constitucional brasileiro, pois a decisão da Corte que declara inconstitucional objetivo visado por lei ordinária não pode ser desafiada por este mesmo instrumento normativo. Provavelmente se levantariam os argumentos já enfrentados neste trabalho de que a superação da decisão judicial por lei ordinária colocaria em risco a supremacia da Constituição e o Estado do Direito além de criar uma situação de instabilidade no campo da interpretação constitucional.

Todavia, em um modelo dialogal centrado na deliberação entre Corte e Parlamento e nos argumentos apresentados por juízes e parlamentares, a superação da decisão constitucional do STF por lei ordinária se mostra possível, mesmo quando a Corte já tenha declarado inconstitucional o objetivo visado pela nova lei. Conrado Hübner Mendes aponta que nos modelos dialógicos pautados na deliberação e persuasão interinstitucional, Corte e Parlamento *“levam em conta os argumentos expostos por cada um, desafiando-se reciprocamente quando consideram que têm uma melhor alternativa”*³⁴⁴. Desse modo, o modelo de interação dialogal pautado na deliberação obriga que Corte e Parlamento elaborem argumentos fortes capazes de justificar o porquê da sua interpretação ou decisão ser melhor do que a tomada pela outra instituição.

Se a justificativa elaborada pela instituição for insuficiente ou falha, a sua interpretação ou decisão corre o sério risco de ser superada pela atuação de outro poder. Tal modelo dialogal é mais aberto às críticas, pois autoriza que Corte e Parlamento coloquem à prova a força dos argumentos justificadores de suas decisões em um processo contínuo de desafios recíprocos³⁴⁵.

³⁴³ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 407.

³⁴⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 267 f. Tese de Doutorado em Ciência Política – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 221.

³⁴⁵ Ibid., p. 224.

Como resultado, esse modelo de interação tende a produzir interpretações constitucionais mais fortes e respaldadas em consensos institucionais mais amplos³⁴⁶.

Em suma, a interação dialogal centrada na deliberação institucional transfere o critério de legitimidade das decisões tomadas pelos departamentos estatais do procedimento para o seu conteúdo³⁴⁷. Assim, a edição de lei ordinária que vise objetivo já declarado inconstitucional pela Corte só será legítima se os parlamentares apresentarem junto à lei, sólidas razões capazes de convencer o Supremo de que a sua interpretação anterior é equivocada ou se tornou inadequada frente à nova realidade social³⁴⁸. Essa é a opinião de Rodrigo Brandão, para quem a lei ordinária contrária à jurisprudência constitucional do STF *“nasce com uma presunção relativa de inconstitucionalidade, já que o ônus de demonstrar, argumentativamente, que tal norma constituiu a melhor forma de concretizar a Constituição pesa sobre os ombros do legislador”*³⁴⁹.

Condiciona-se, portanto, a possibilidade de o legislador reverter a decisão constitucional do STF por lei ordinária à apresentação por ele de argumentação robusta capaz de demonstrar o porquê da interpretação constitucional adotada na lei ser superior à escolhida anteriormente pela Corte. Desse modo, as leis editadas pelo Congresso que busquem, simplesmente, reverter o entendimento judicial, sem apresentar qualquer razão que justifique a superação, deverá ser declarada inconstitucional em virtude de os legisladores não terem cumprido com o dever imposto a eles de justificação.

Importa ressaltar também que a possibilidade de reação legislativa por meio de lei ordinária só é autorizada nos casos em que o dispositivo constitucional analisado comporte mais de um significado. Pega-se, como exemplo, o caso relativo à progressividade das alíquotas do IPTU exposto anteriormente. O artigo 182 da Constituição Federal era expresso ao dispor que a única hipótese de progressão da alíquota do IPTU era para o atendimento da finalidade extrafiscal de adequação do uso de propriedade urbana à sua função social. Dessa maneira não havia como extrair, pela via interpretativa, a hipótese de progressão pelo valor venal do imóvel,

³⁴⁶ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 415.

³⁴⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. Op. Cit., o. 225.

³⁴⁸ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 407

³⁴⁹ Ibid., p. 406.

tendo sido necessária a aprovação de emenda constitucional para fazer com que a Constituição autorizasse essa hipótese.

A interação dialógica do tipo deliberativa também abre a possibilidade de o Congresso Nacional reverter a decisão do STF respaldada em interpretação judicial das cláusulas pétreas. O Congresso pode editar tanto emendas à Constituição quanto leis ordinárias que busquem reverter decisão do Supremo que tenha declarado inconstitucional determinado objetivo público com base em interpretação das cláusulas pétreas. Porém, é imprescindível que os parlamentares cumpram o ônus de apresentar argumentos capazes de convencer o Supremo que a sua deliberação anterior foi equivocada.

Transplantando esse entendimento para os casos anteriormente mencionados, chega-se à conclusão de que o Congresso pode reabrir as controvérsias relativas à aplicação do teto constitucional sobre as vantagens pessoais e à doação eleitoral por pessoas jurídicas por meio da edição de emendas constitucionais ou de leis ordinárias, sob a condição de que, no ato normativo superador da decisão judicial, os legisladores exponham as razões que os levaram a reverter o entendimento judicial e os motivos do porquê a Corte deve adotar a interpretação constitucional do Legislativo.

Tal possibilidade, assim como a superação de decisão do STF por lei ordinária, não traz um perigo à democracia constitucional brasileira, pois o STF ainda deterá a última palavra provisória sobre o sentido da Constituição. Isso porque, como já foi demonstrado, qualquer decisão mais controversa do Congresso será levada para apreciação do Supremo em razão da incidência do fenômeno da judicialização da política no sistema constitucional brasileiro. Disso, contudo, não se extrai o signo da supremacia judicial, pois a Corte terá que deliberar sobre os novos argumentos apresentados pelos parlamentares e demonstrar as razões que a levaram a adotá-los ou rechaçá-los. Sob o signo da supremacia judicial, o STF poderia declarar inconstitucional a lei ou emenda pelo simples fato de elas terem desrespeitado a interpretação pretérita do Tribunal.

Em suma, a possibilidade de o Congresso desafiar as decisões do STF que declaram inconstitucionais os objetivos visados em lei pretérita, contribui para que haja um diálogo entre Corte e Parlamento pautado pelo intercâmbio de argumentos e pela persuasão interinstitucional. Com essa interação deliberativa, Corte e Parlamento tendem a encontrar pontos de equilíbrio

entre as suas posições, o que, ao final, gerará uma interpretação final mais forte e amparada em consensos mais amplos³⁵⁰.

Diante do que foi exposto, conclui-se que tanto as emendas constitucionais quanto as leis ordinárias são instrumentos normativos aptos a operacionalizar uma interação dialógica entre Corte e Parlamento. Do ponto de vista procedimental, as emendas constitucionais podem promover o diálogo ao reverterem as decisões do STF que declarem inconstitucionais os objetivos buscados por lei pretérita, desde que a inconstitucionalidade não tenha sido declarada por violação a alguma das cláusulas pétreas. Já as leis ordinárias podem instrumentalizar o diálogo por meio da reversão da decisão do STF que julgou inconstitucional determinada lei, sob o fundamento de que os meios nela adotados eram desproporcionais ou inconstitucionais.

Por sua vez, sob o enfoque da interação dialógica centrada na deliberação argumentativa e na persuasão interinstitucional, as leis ordinárias tornam-se instrumentos normativos aptos a operacionalizar o diálogo entre Supremo e Congresso, por meio da reiteração de objetivo público já declarado inconstitucional pelo STF em decisão pretérita. Porém, para que a reversão legislativa seja legítima aos olhos da Constituição, é necessário que, junto ao ato normativo, o Congresso apresente um conjunto de razões capazes de convencer o STF de que a interpretação adotada pelos parlamentares é superior ao entendimento judicial anterior.

Da mesma maneira, o Congresso pode se utilizar de emendas constitucionais ou de leis ordinárias para tentar reverter decisão do Supremo fundada em interpretação de alguma das cláusulas pétreas, desde que preenche o ônus argumentativo de convencer o Tribunal que a sua interpretação constitucional é melhor do que a adotada pela maioria dos Ministros. Com isso, instrumentaliza-se um modelo dialogal amplo no sistema constitucional brasileiro em que Supremo e Congresso interagem constantemente, por meio de diferentes formas, durante a realização da tarefa recíproca de definir o sentido da Constituição.

³⁵⁰ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011. p. 416.

5. CONCLUSÃO

As conclusões obtidas no decorrer do presente trabalho serão apresentadas pontualmente. O que se quis mostrar, ao fim e ao cabo, é que uma interação dialógica substantiva, ou seja, baseada em argumentos, entre Supremo e Congresso Nacional pode ser promovida, no atual regime constitucional brasileiro, tanto por meio de emendas constitucionais quanto por leis ordinárias. A partir dessa perspectiva deliberativa, o processo de decisão no controle judicial de constitucionalidade se tornaria mais aberto à discussão e participação argumentativa dos poderes representativos no campo da interpretação constitucional, o que, ao final, geraria uma solução final mais sólida, pois baseada em consensos mais amplos, e fortaleceria as bases democráticas da jurisdição constitucional ao permitir ao povo controlar, via Congresso Nacional, a atuação do Supremo Tribunal Federal.

As premissas que usualmente justificam a posição de supremacia do Judiciário sobre os demais poderes não se mostraram verdadeiras. Como se demonstrou no primeiro capítulo, a supremacia judicial não é um elemento imanente ao constitucionalismo e ao controle judicial de constitucionalidade (1.1). Por mais que a Suprema Corte estadunidense e o Supremo Tribunal Federal tenham se utilizado dessa premissa para autocompreenderem-se como intérpretes autênticos da Constituição, a análise histórica do constitucionalismo estadunidense apontou que a supremacia judicial não fazia parte do *judicial review* na forma idealizada por Marshall. Pelo contrário, no primeiro século da sua existência, a Suprema Corte e os demais poderes tinham a mesma autoridade para interpretar o texto constitucional.

O elemento da supremacia judicial só veio a compor o *judicial review* com a reeleitura que a própria Suprema Corte promoveu dos argumentos basilares do *judicial review* expostos em *Marbury*, e com os fatores institucionais e doutrinários visualizados no decorrer do século XX (2.2). As deficiências do modelo de supremacia judicial foram apontadas na sequência (2.3), destacando-se o engessamento da interpretação constitucional, o *déficit* na responsividade popular e a isenção de responsabilidade do Judiciário pela constitucionalidade dos seus atos. Diante da expansão do papel do Judiciário nos sistemas políticos contemporâneos, o tema da supremacia judicial ganha ainda mais importância.

No contexto onde há a incidência do fenômeno da judicialização da política, a adoção do modelo da supremacia do Judiciário faz com que todas as controvérsias relevantes de uma sociedade sejam decididas, em caráter final, por um corpo de juízes, isentos de qualquer controle popular (3.1). No Brasil, essa problemática se torna ainda mais evidente em virtude

das características do regime constitucional instituído pela Constituição de 1988 fomentarem o surgimento da judicialização da política, a ponto de se ter concluído que tal fenômeno é algo inevitável no sistema brasileiro (3.2). Em que pese essa problemática, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstra que a Corte tem flertado com o signo da supremacia judicial, inclusive adotando-o para rechaçar lei ordinária que buscava reverter sua decisão (3.3). Assim, a supremacia judicial aliada à judicialização da política tem permitido que o STF ocupe uma posição institucional privilegiada dentro do arranjo institucional brasileiro, a qual impossibilita que o Congresso Nacional interprete a Constituição de forma autônoma.

Para remediar as deficiências do modelo de supremacia, apresentou-se o modelo dialogal e as principais teorias que defendem uma interação entre Corte e Parlamento na construção do significado da Constituição (4.1). Nesse contexto, cinco teorias dialógicas foram destacadas: (i) as da construção coordenada; (ii) as dos princípios jurídicos; (iii) as de equilíbrio; (iv) as de parceria; (v) e a fusão dialógica. Enquanto os dois primeiros grupos de teorias são pautadas por um modelo dialogal centrado no método adversarial – em que a interpretação constitucional que prevalecerá será aquela subscrita no instrumento normativo de maior autoridade – as outras teorias voltam-se para uma interação dialógica centrada na deliberação e no debate, em que os poderes buscam, através da apresentação de argumentos, persuadir os demais intérpretes da constituição de que a sua interpretação é a que deve ser adotada.

Levando em conta as características de todas as teorias dialógicas, pode-se demonstrar que a interação entre Corte e Parlamento na construção do sentido da Constituição soluciona todas as deficiências do modelo de supremacia judicial, além de produzir uma interpretação constitucional mais vistosa, pois ela está sujeita a um processo de discussão entre as instituições, o que tende a gerar, no final, uma interpretação da Constituição mais consensual (4.2). Na sequência, demonstrou-se a compatibilidade do modelo dialogal com o sistema constitucional brasileiro e as diferentes formas de se pensar a instrumentalização dos diálogos constitucionais no Brasil (4.3.).

Do ponto de vista do procedimento, as emendas constitucionais aparecem como o principal instrumento normativo promovedor de uma interação dialógica entre Corte e Parlamento. Contudo, como esse modelo de interação é pautado pelo método adversarial em que a interpretação final que prevalecerá é aquela consubstanciada no instrumento jurídico de maior autoridade, não há, efetivamente, uma troca de argumentos entre as instituições. Em compensação, em um modelo dialogal voltado para a persuasão interinstitucional e para a troca

de argumentos entre as instituições, as leis ordinárias também aparecem como instrumentos normativos capazes de instrumentalizar o diálogo entre Corte e Parlamento por meio da reversão da decisão constitucional do STF. Todavia, para que a reversão seja possível, é necessário que o Congresso Nacional apresente argumentos suficientemente fortes e capazes de convencer o Supremo de que a sua interpretação constitucional é superior à anteriormente adotada pela Corte.

A conclusão a que chega o presente trabalho parece estar, aos poucos, sendo acatada pelo Supremo Tribunal Federal. No julgamento da ADI nº 5.105³⁵¹ em que a Corte apreciou a constitucionalidade da Lei nº 12.875/2013 que revertia o entendimento pretérito do Supremo quanto ao direito de antena dos partidos fundados no meio de uma legislatura. Na ADI nº 4.430³⁵² a Corte proferiu interpretação conforme a Constituição do artigo 47, §2º, inciso II, da Lei nº 9.504/1997, para garantir às legendas criadas após as eleições da Câmara dos Deputados, direito de acesso proporcional ao tempo destinado aos partidos na propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão. A nova lei ordinária previa uma diferença na distribuição do tempo de rádio e de TV entre os novos partidos que resultaram de uma fusão de partidos anteriormente existentes, e aqueles que nasceram sem qualquer tipo de fusão partidária.

O que chama a atenção nesse caso é o reconhecimento por parte de alguns Ministros do Tribunal de que o legislador detém a capacidade de interpretar a Constituição, independentemente das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo. Assim se manifestou o Ministro-Relator Luiz Fux *“é óbvio ululante que ao legislador é franqueada a capacidade de interpretação da Constituição, a despeito de decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo”*. E continua o Ministro *“a lei ordinária que frontalmente colidir com a jurisprudência da Corte nasce, a meu sentir, com presunção de inconstitucionalidade, de sorte que caberá ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente se afigura legítima”*.

Esse mesmo caminho foi o trilhado também pelo Ministro Roberto Barroso em seu voto, no qual sustentou que *“a superação de jurisprudência, como é o caso aqui, por aprovação de lei pressupõe que exista mais de uma interpretação constitucional possível e válida para que o Congresso possa optar por uma diferente daquela que o Supremo adotou”*. E continua: *“para que o Congresso supere, mediante lei, uma interpretação do STF, precisa demonstrar*

³⁵¹ STF, ADI nº 5.105/DF, Pleno, Rel: Min. Luiz Fux, julgado em 01/10/2015, DJ 15/03/2016.

³⁵² STF, ADI nº 4.430/DF, Pleno, Rel. Min: Dias Toffoli, julgado em 29/06/2012, DJ 18/09/2013.

que existe mais de uma interpretação razoável do assunto compatível com a Constituição, bem como oferecer as razões pelas quais está optando por outra, distinta da adotada no Judiciário”. Ademais, o Ministro Barroso, assim como este trabalho, rechaça a possibilidade do Congresso, por meio de um argumento de autoridade, mudar a decisão do Supremo, sem oferecer qualquer tipo de argumento capaz de passar pelo crivo do debate público.

Filiaram-se, de forma expressa, à posição dos Ministros Fux e Barroso, os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Todavia, os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski ainda parecem apegados a velho máxima da supremacia judicial. Inclusive, este último, em seu voto, assentou *“concordo com o nosso Decano que, embora exista um certo diálogo entre as instituições – isso modernamente se instaurou, como bem lembrou o Ministro Roberto Barroso - em matéria de interpretação constitucional, o Supremo Tribunal tem a última palavra”.* Dessa maneira, o Ministro concluiu *“não cabe ao Poder Legislativo reagir a decisões relativas à interpretação constitucional, sobretudo, tomadas em controle abstrato de constitucionalidade, mediante alterações da legislação ordinária”.*

Dessa maneira, embora a tese dos diálogos constitucionais ainda encontre residência dentro do Supremo Tribunal Federal, parece que, aos poucos, a Corte vem se reconhecendo como apenas um partícipe do diálogo e não mais como a intérprete autêntica da Constituição. Com isso, abre-se as portas para a instauração de um modelo dialogal entre Corte e Parlamento pautado no debate e nos argumentos, em que a interpretação constitucional deixa de ser monopólio do Judiciário para se tornar objeto de deliberação compartilhada entre juízes e parlamentares. Assim, o sistema constitucional brasileiro passa a ter vários intérpretes autênticos da Constituição, que se relacionam por meio do diálogo, e constroem juntos uma democracia constitucional deliberativa.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. **We the People: Foundations**. Harvard: Harvard University Press paperback edition, 1993. E-Book. ISBN 674-94851-6.

_____. The rise of world constitutionalism. **Yale Law School Occasional Papers**, Second Series, Number 3, Connecticut, 1997. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1128&context=fss_papers. Acesso em: 12 de ago. de 2016.

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. **Defending Judicial Supremacy: A Reply. Constitutional Commentary**, vol. 17:455. Disponível em: https://conservancy.umn.edu/bitstream/handle/11299/168082/17_03_Alexander_Schauer.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 08 de nov. de 2016.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, 2ª edição, 4ª tiragem. Trad: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015

BARBOZA, Estefânia Maria Q. **Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial. In: BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2013.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito Social**, v. 34, p. 11-43, 2009.

_____, **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. In: **Brooklyn Law Review**. New York: New York University School of Law, 2006.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics**. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais**. 2011. 456 f. Tese de Doutorado em Direito - Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2011.

_____. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 263, p. 175-220, 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**, vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997

CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia Jurídica**, 2004, n. 23, p. 118.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

_____.; LORENZETTO, Bruno. Diálogos Institucionais: estrutura e legitimidade. In: CLÈVE, Clèmerson M.; LORENZETTO, Bruno. **Governo Democrático e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte. Editora Fórum, p. 125-147, 2016.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Entre a supremacia constitucional e a supremacia judicial: novos desafios do controle de constitucionalidade no Brasil. In: AGRA, Walber Moura; BRAGA DE CASTRO; Celso Luiz; TAVARES, André Ramos. **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 385-413.

GALANTER, Marc. Direito em abundância: a atividade legislativa no Atlântico Norte. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. N. 36, p 103-145, fev. 1993.

GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases**. USA: Cambridge University Press, 2003.

GODOY, Miguel. Constitucionalismo popular y crítica a la supremacia judicial: posibles lecciones para Brasil. In: GARGARELLA, Roberto; NIEMBRO ORTEGA, Roberto (orgs.). **Constitucionalismo progressista: retos y perspectivas**. Querétaro: Universidad Nacional Autónoma de Mexico. 2016.

_____. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. 2015. 266 f. Tese de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional. 6ª edição, revista. Coimbra: Editora Livraria Almedina, 1993

GRAU, Eros. **Por que eu tenho medo de juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

GINSBURG, Tom. The Global Spread of Constitutional Review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, Daniel; CALDEIRA, Gregory. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press, p. 81. Disponível em: <
http://www.lexglobal.org/files/044_global_spread_of_constitutional_review-published.pdf>
Acesso em: 10 de nov. de 2016.

_____. **Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases**. USA: Cambridge University Press, 2003.

GRIFFIN, Stephen. A era marbury: o judicial review em uma democracia de direitos. Trad: Aduino Villela. In: MOREIRA, Luiz; BIGONHA, Antonio C. (orgs.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2010.

HAMILTON, Alexander. O Federalista nº 78. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **O Federalista**. Trad: Ricardo Rodrigues Gama. 1ª edição. Campinas: Russell Editores, 2013.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Harvard: Harvard University Press, 2004.

_____. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Trad: Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 251, 2009.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter isn't such a bad thing after all). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1612&context=ohlj>>. Acesso em 27 de out. de 2016.

KRAMER, Larry. **The people Themselves: popular constitutionalism and Judicial Review**. New York: Oxford: University Press, 2004.

LIMONGI, Fernando. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. In: **Revista Novos Estados**, v. 76, novembro de 2006

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na sociedade** orfã. Trad: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Disponível em: <http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627_judiciario_como_superego.pdf>. Acesso em: 12 de ago. de 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis**, 3ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 267 f. Tese de Doutorado em Ciência Política – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008.

MENDES, Gilmar F; COELHO, Inocêncio M; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. O papel do Senador Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 162, abr-jun, 2004.

PAULSEN, Michael. The irrepressible myth of Marbury. **Michigan Law Review**, v. 101, 2003, p. 2706-2743.

PERRY, Michael. **The Constitution: the Court and Human Rights**. New Haven: Yale University Press. 1982.

RUIZ, Marian A. Marbury *versus* Madison doscientos años (u mas) después. In: **Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoria del estado, derecho público e historia constitucional**. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, n. 4., p. 109-150.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª ed., 2ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, Cecília de Almeida, MOURA, Francisco, VIEIRA, José Ribas, TAVARES, Rodrigo de Souza, VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. Curitiba: Juruá. 2010.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso. Deciding without deliberating. In: **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, p. 557-584, 2013.

_____. De quem Divergem os Divergentes: os Votos Vencidos no Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, p. 205-225, 2016.

STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

SUNDFELD, Carlos Ari; VOJVODIC, Adriana; CARDOSO, Evorah. **Controle de Constitucionalidade dos Atos do Poder Executivo. Série Pensando o Direito, nº 30/2010**. Brasília. Secretária de Assunto Legislativos do Ministério da Justiça, 2010.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York. New York University Press, 1995.

_____. “Why the Expansion of Judicial Power”. In: TATE, C Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York. New York University Press, 1995. p. 28.

THAYER, James B. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, v. 7, n. 3, p. 129-156, oct. 1893.

VALLINDER, Torbjörn. When the Courts go Marching in. In: In: TATE, C, Neal; TORBJÖRN, Vallinder. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988 Vinte Anos Depois: A suprema corte e ativismo judicial à brasileira. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 407-440, 2008. p. 430-431.

WHITTINGTON, Keith. Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses. **North Carolina Law Review**, v. 80, 2001. Disponível no sítio: <<http://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3980&context=nclr>>. Acesso em: 24 de out. de 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008.

_____. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

WARD, Kenneth. **Legislative override as a check on judicial review**. Texas State University, 2007. Disponível em: https://works.bepress.com/kenneth_ward/1/ . Acesso em: 20 set. de 2016.